This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

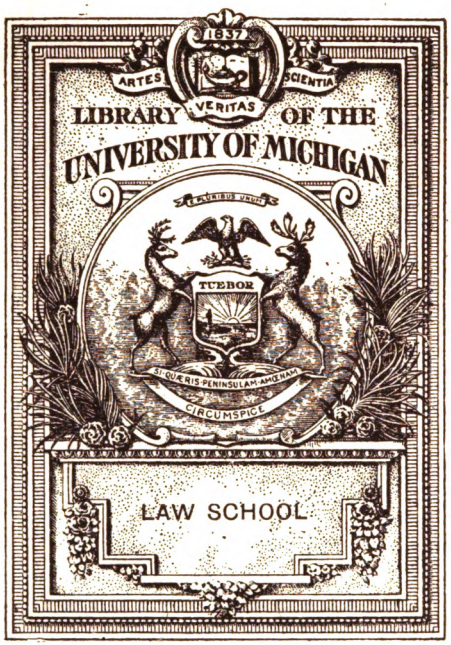
À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

PIERSON.

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
43837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C°, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation,
Sénateur.

CH. GIRAUD
Inspecteur général
des Facultés de droit.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Serrigny**, doyen de la Faculté de droit de Dijon; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; **Mimerel**, **Mazeau**, **Christophle**, **Hérisson**, **Collet** et **E. Tambour**, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

49443

TOME XXXII. — 18me ANNÉE.

PARIS,
COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
24, rue Soufflot. 24.
1868

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De Jurisprudence en matière d'enregistrement.

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

I. Questions relatives à l'application de la loi du 18 juillet 1866, sur la suppression partielle du demi-décime additionnel aux droits d'enregistrement.

II. Limitations apportées par la jurisprudence des arrêts au principe suivant lequel, dans les mutations par décès, les biens sont évalués *sans distraction des charges*.

I.

Les travaux relatifs à la réforme des lois de l'enregistrement n'ont pas abouti ; mais les nécessités financières ont amené, à diverses reprises, l'introduction soit d'un second décime, soit d'un demi-décime additionnel. On sait que le premier décime, établi par la loi du 6 prairial an VII, a été constamment maintenu par les lois annuelles des finances. J'en augurais autant du second décime, introduit d'abord par la loi du 14 juillet 1855. Cette loi pourtant lui assignait un terme fatal, le 1er janvier 1858. Mais qu'est-ce qu'une pareille énonciation, en matière d'impôts, puisque la loi des finances est votée chaque année? Le budget de 1858 pouvait proroger la perception du second décime ; mais, en la maintenant pour toutes les autres contributions, il l'a supprimée en ce qui con-

Digitized by Google

cerne les droits d'enregistrement[1]. Cette expression, *droits d'enregistrement*, a été entendue comme embrassant tous les droits et produits dont la perception est confiée à l'administration de l'enregistrement, c'est-à-dire, outre les droits d'enregistrement proprement dits, « les droits de greffe et « d'hypothèque, les amendes et les condamnations pécu- « niaires[2]. »

Il fallait au Trésor une compensation pour la suppression du second décime. La même loi du 23 juin 1857 qui le supprimait (article 13) établit (articles 6 — 11) un impôt nouveau sur « toute cession de titres ou promesses d'actions et d'obli- « gations dans une société, compagnie ou entreprise quel- « conque, financière, industrielle, commerciale ou civile, » etc. La pensée du législateur, expressément manifestée dans la discussion, fut alors de dégrever la propriété foncière, sur laquelle pèsent le plus lourdement les droits d'enregistrement et exclusivement les droits d'hypothèque[3], en reportant la charge de l'augmentation de l'impôt sur les valeurs mobilières, principalement sur les valeurs de Bourse.

Mais la compensation n'a pas été suffisante. Il a fallu revenir à d'autres expédients.

Le second décime a été rétabli, *à partir du 1er juillet* 1862, par la loi du 2 juillet 1862, et prorogé par celle du 13 mai 1863.

La loi du 8 juin 1864 a réduit cette perception à moitié, *à compter du 1er juillet* 1864.

Il importe de préciser ces époques ; en effet, pour l'application de ces lois, il ne suffit pas de s'attacher à la date de la perception ; il faut, en maintes circonstances, déterminer quels sont *les droits et produits acquis au Trésor* à chacune des époques indiquées, et ce travail soulève d'assez nombreuses questions transitoires[4].

[1] V. l'art. 13 de la loi du 23 juin 1857, portant fixation du budget des recettes pour l'année 1858. En ce qui concerne les autres contributions, le second décime a été annuellement prorogé.

[2] Combinez les Instructions générales 3027 et 2113, citées dans nos *Principes de l'enregistrement*, 2e édit., n° 841.

[3] Dans la nomenclature des lois de finances les droits d'hypothèque embrassent le droit de transcription. (V. loi du 21 ventôse an VII, art. 19, 20, 25).

[4] V. l'Instr. gén. 2281 ; M. Garnier, *Rép. pér.*, n° 1905, et nos *Principes de l'enregistrement*, 2e édit., n° 871.

Digitized by Google

Enfin la loi du 18 juillet 1866 (article 3) a statué en ces termes :

« A partir du 1er janvier 1867, les baux et échanges de biens « immeubles, les actes énumérés au § 7, nos 1, 3, 4, 5 et 6 de « l'article 69 de la loi du 22 frimaire an VII[1], les obligations « et les libérations hypothécaires cesseront d'être soumis au « demi-décime établi par le § 1er de l'article 3 de la loi du « 8 juin 1864. La perception de ce demi-décime continuera « d'être effectuée pour l'exercice 1867 sur tous les autres droits « et produits dont le recouvrement est confié à l'administra- « tion de l'enregistrement. »

La commission du budget a revendiqué hautement, devant le Corps législatif, la responsabilité de cette mesure. « Nous « ne croyons pas, a dit le rapporteur de la commission, l'ho- « norable M. du Miral, avoir à justifier vis-à-vis de vous l'ini- « tiative que nous avons prise et la persévérance que nous « avons montrée pour l'obtention de ce résultat... Il eût été « sans doute préférable que ce dégrèvement eût un caractère « plus général ; la suppression définitive et intégrale de ce « qui subsiste encore de cette charge éminemment tempo- « raire par sa nature ne se fera pas, nous le croyons ferme- « ment, longtemps attendre, et elle devra résolûment s'accom- « plir dès qu'elle sera possible ; mais vous approuverez, nous « en avons la ferme confiance, la priorité de soulagement « qu'un sentiment de justice et de sympathie méritée a fait « accorder à la propriété foncière. »

Nous reconnaissons volontiers ce qu'il y a de ferme et de sensé dans ce langage. La charge du second décime est éminemment temporaire, et s'il n'est pas possible de la supprimer, il peut du moins sembler bon de l'atténuer.

Les souffrances trop réelles de l'agriculture justifient assurément la priorité du soulagement accordé à la propriété foncière. Ces considérations sont excellentes en principe ; car c'est folie de refuser une réforme sous prétexte de son insuffisance. *Tout ou rien* est une maxime à l'usage des esprits violents et poussant aux extrêmes.

Néanmoins, dans le cas proposé, on n'a pas tardé à aperce-

[1] C'est-à-dire les actes translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles à titre onéreux.

Digitized by Google

voir les inconvénients de cette demi-mesure, consistant en la demi-suppression du demi-décime. La disposition de la loi du 18 juillet 1866, en établissant une nouvelle catégorie dans le tarif, complique singulièrement la perception. Un mois à peine s'était écoulé depuis la mise en vigueur de cette loi, et déjà surgissaient plusieurs controverses d'interprétation. Voici comment s'exprimait à cet égard, dès le mois de février 1867 (*Répertoire périodique de l'enregistrement*, n° 2397), l'honorable M. Garnier, avec la double autorité que lui donnent sur ce point et son caractère de député au Corps législatif et son expérience consommée des matières de l'enregistrement : « La loi du 18 juillet 1866, sur la suppression du demi-« décime, paraît avoir déjà soulevé d'assez nombreux embar-« ras, et il n'est pas sans difficultés, en effet, d'en apprécier « l'étendue avec exactitude. L'extrême rapidité avec laquelle « ces dispositions de tarif ont été votées par le Corps législatif « n'a en aucune manière permis de provoquer sur ce point les « éclaircissements désirables, et dans ses travaux préparatoi-« res la commission n'a eu ni le temps ni le moyen de se « préoccuper des détails d'application pratique. » Le savant rédacteur du *Répertoire périodique de l'enregistrement* s'empressait donc d'annoncer à ses lecteurs qu'il ouvrait en quelque sorte un compte spécial à la loi nouvelle, au chapitre des Controverses, et ses prévisions n'ont pas tardé à se réaliser.

Ainsi, tout d'abord, on s'est demandé si la disposition de la loi qui exonère les *baux des biens immeubles* est applicable soit aux *sous-baux*, soit aux *cessions* et *résiliations* de baux. L'affirmative a été décidée par une *solution* de l'administration, en date du 5 février 1867 (*Répert.*-Garnier, n° 2397). Mais l'administration s'est montrée plus sévère en ce qui concerne les cessions, transports et délégations de créances hypothécaires; une *solution* du 25 février 1867 refuse de faire participer ces actes au degrèvement qui concerne les *obligations hypothécaires. Cur tam variè?* Le langage de la loi est le même dans les deux cas; elle ne parle pas plus des cessions de baux que des cessions d'obligations hypothécaires. Pourquoi donc décider, dans le premier cas, qu'en exonérant les baux, la loi aurait voulu exonérer les cessions de baux, tandis qu'en exonérant les obligations hypothécaires, elle n'aurait

Digitized by Google

voulu rien statuer à nouveau sur les cessions des mêmes obligations? Pour expliquer cette diversité de décisions, on a dit d'abord « que les sous-baux, cessions et subrogations de « baux sont tarifées par le même article de la loi que les baux « eux-mêmes, et 2° que ces conventions sont des transmis- « sions de jouissance de la même nature que les baux origi- « naires et soumises aux mêmes règles du droit civil. » (*Répert.*-Garnier, n° 2397.)

Il est certain que lorsque la loi du 16 juin 1824 a réduit le tarif des baux, on n'a pas hésité un moment à appliquer le nouveau tarif aux actes énumérés en détail par la loi de frimaire (art. 69, § 3, n° 2), c'est-à-dire aux « *sous-baux, subrogations,* « *cessions et rétrocessions de baux.* » C'est là déjà un précédent considérable pour établir que non-seulement les sous-baux, mais même les cessions de baux, sont des actes équipollents aux baux originaires. Inutile de faire ressortir ici les nuances délicates que l'on peut relever d'ailleurs entre le sous-bail et la cession de bail; la *solution* du 5 février 1867 se défend assez par elle-même et n'a pas besoin d'apologie. Quant aux motifs de la seconde *solution,* on y peut ajouter une considération tirée de l'esprit de la loi de 1866. Qu'a voulu cette loi? Dégrever la propriété foncière. Or, quand il s'agit des baux, le propriétaire foncier, créancier du fermier, est intéressé dans un dégrèvement qui profite à son débiteur; au contraire, en ce qui touche les obligations hypothécaires, le propriétaire foncier, débiteur des causes de l'hypothèque, n'a pas d'intérêt à voir dégrever au profit de son créancier la cession de sa propre obligation. On pourrait cependant objecter que le propriétaire foncier trouvera crédit à meilleure condition, à raison des facilités plus grandes que son bailleur de fonds aura un jour à céder sa créance. Mais la considération de cet intérêt indirect et éloigné ne peut guère balancer les raisons tranchantes de droit positif qui motivent la *solution* contraire. S'agissant, en définitive, d'une loi d'exception, il est toujours facile de resserrer à la grande rigueur les mailles de l'interprétation.

Mais vraiment ce procédé d'interprétation stricte a dépassé toute mesure, en ce qui touche les quittances de prix de ventes d'immeubles que la même *solution* du 25 février 1867 et une autre *solution* du 9 mars 1867 (*Répert.* Garnier,

Digitized by Google

n° 2427) refusent de comprendre au nombre des *libérations hypothécaires*. Dira-t-on qu'il s'agit ici de privilége et non plus d'hypothèque? Ce serait là méconnaître les règles les plus élémentaires de la nomenclatnre du droit civil, car le privilége du vendeur n'est rien autre chose qu'une hypothèque privilégiée. Comment donc refuser à la libération de l'acheteur le caractère de *libération hypothécaire*? Et pour ce qui est de l'esprit de la loi, l'acheteur, devenu propriétaire foncier, a un intérêt immédiat et direct à voir dégrever quelque peu la quittance dont il paye les frais.

L'administration ne dissimule pas la gravité de l'objection. Elle reconnaît bien que le but de la loi du 18 juillet 1866 a été d'alléger les charges de la propriété foncière. « Cela est vrai, « dit la *solution* du 9 mars 1867 (*Repert.* Garnier, n° 2427), « mais on n'a voulu diminuer ces charges que dans une mesure « déterminée, au moyen d'un dégrèvement portant sur des » actes indiqués. Cette mesure ne doit pas être dépassée.» La *solution* insiste alors sur le sens restreint du mot *obligation* dans la nomenclature des lois fiscales, et sur la corrélation établie par la loi de 1866 entre les *obligations* et les *libérations hypothécaires*.

Cette argumentation ne nous paraît nullement fondée. Il est vrai de dire que la créance d'un prix de vente n'est pas tarifée parmi les *obligations de sommes*, non pas qu'elle ne constitue une obligation de cette nature, car la loi prend soin de l'excepter nommément de cette catégorie (article 69, § 83, n° 3); mais c'est que l'impôt est établi alors, d'une façon plus élevée, sur la transmission de la propriété. S'agit-il, au contraire, des quittances, la loi de frimaire (article 69, § 2, n° 11) soumet aux mêmes règles tous les actes portant *libération de sommes et valeurs mobilières*. Le même tarif atteint toutes les libérations, bien qu'un tarif différent frappe les différentes espèces d'obligations.

Voilà ce qui concerne la nomenclature de la loi de frimaire. Pour rentrer spécialement sur le terrain de la loi de 1866, cette loi, disons-nous, a voulu dégrever la quittance dans les mêmes cas où elle dégrevait l'obligation elle-même. Or les acquisitions d'immeubles sont expressément affranchies du demi-décime. Comment admettre que les quittances de prix de vente d'immeubles ne le soient pas également? C'est donc

Digitized by Google

avec juste raison qu'un jugement du tribunal d'Angoulême, du 12 août 1867 (*Répert.* Garnier, n° 2530) a repoussé sur ce point les conclusions de l'administration. Disons, pour con-« clure, avec M. Garnier (*Répert. périod.*, n° 2530) : Nous ne « pouvons pas blâmer l'administration supérieure des réserves « qu'elle croit devoir apporter dans l'application de la nou-« velle loi. Gardienne vigilante des droits du Trésor, son de-« voir est de se renfermer dans les limites les plus étroites de « l'interprétation, mais nous croyons qu'en voyant celle « qu'elle a adoptée condamnée par la jurisprudence et repoussée « par la doctrine, elle fera bien de revenir à d'autres prin-« cipes. »

L'objet de cette étude aura peut-être semblé bien humble, la controverse bien minutieuse, le but à atteindre d'un intérêt bien modique. Mais tout cela même nous conduit à une conclusion d'un intérêt plus général et plus élevé qui est, à mon sens, d'accuser avec énergie le grand danger des remaniements partiels de la législation. On a reculé devant les hasards et les incertitudes d'une refonte radicale et rationnelle des lois de l'enregistrement. Il fallait alors s'en tenir provisoirement à l'expédient des décimes additionnels, qui, du moins, n'ajoutent rien au travail si épineux de la perception de l'impôt. Mais l'agriculture est en souffrance, et devant ses doléances trop sincères, le législateur s'est ému. L'objet était assurément digne de sa sollicitude ; mais n'a-t-on pas cédé à l'apparence plus qu'à la réalité ? On a été frappé du but général de la réforme, en a-t-on calculé les résultats ? Ce dégrèvement partiel du demi-décime fera bien peu pour l'agriculture ; il fait déjà beaucoup pour l'augmentation des controverses.

Acceptons donc la loi du 18 juillet 1866 comme une sorte d'engagement pris par le législateur contre la perpétuation du second décime, et espérons que, vu l'insuffisance de ce palliatif, nous verrons reprendre incessamment les études interrompues sur la réforme des lois de l'enregistrement.

II.

Si ce travail était repris, il est une correction qui, sans doute, ne manquerait pas d'être accueillie, ce serait la suppression du principe suivant lequel, dans les mutations par décès, les biens sont évalués sans distraction des charges.

Digitized by Google

Ce principe avait été écarté, quant aux dettes hypothécaires, dans le projet de loi préparé, en 1863, par une commission ministérielle[1]. Mais, même dans ces limites, la modification ne fut pas maintenue dans le projet de loi, élaboré par le Conseil d'État, et présenté au Corps législatif dans la séance du 16 avril 1864[2]. C'est ce projet qui est aujourd'hui abandonné, comme nous l'avons dit au début de cette étude.

En attendant cette réforme, trop longtemps différée, la jurisprudence des arrêts continue d'apporter au principe de la *non-distraction des charges* plusieurs limitations fort notables.

Nous avons déjà signalé au lecteur[3] l'extrême importance d'un arrêt de *cassation* du 6 décembre 1858, qui statue pour le cas d'*usufruit de sommes*, en d'autres termes, pour le cas de *quasi-usufruit*. Dans l'espèce, l'usufruitière d'une somme de 300,000 fr. laissait, à son décès, un mobilier évalué 5,035 fr. 85 cent., et le reste de sa fortune en immeubles. L'arrêt porte en toutes lettres que, dans cette situation, l'héritier de l'usufruitière a « le droit de *faire distraction* » sur les valeurs laissées par l'usufruitière de ladite somme de 300,000 fr. appartenant en vertu d'un droit antérieur à celui auquel ladite somme avait été attribuée en propriété. « Ainsi, disions-nous (*loco citato*), « la propriété d'une somme, propriété qui existe seulement « d'une manière abstraite, *indeterminatè et abstrahendo à cor-* « *poribus*, suivant la définition de Saumaise qui révoltait « Pothier[4], une propriété de telle nature suffit, aux yeux de la « Cour, en l'absence d'aucun texte précis, pour limiter le « rigoureux principe de la non-distraction des charges. » Puis nous ajoutions pour conclure (*ibid.*, p. 489) : « S'il en est « ainsi, la Cour est-elle bien conséquente, lorsque, sauf le cas « de communauté (ce qui suppose la communauté acceptée par

[1] V. l'art. 6 de ce projet (*Répert.*-Garnier, n° 1848, et le *Contrôleur de l'enregistrement*, n° 12605).— V. encore, à propos de ces travaux, une brochure de M. Alexis Leroux, intitulée : *Projet de réforme de la législation fiscale*.

[2] V. le *Rép. pér.* de M. Garnier, n° 1873.

[3] V. la *Revue*, t. XVI, p. 487, et nos *Principes de l'enregistrement*, 2e édit., n° 694.

[4] « Cet auteur, très-érudit et grand littérateur, mais nullement juris- « consulte..., » dit à ce propos Pothier, parlant de Saumaise (*Traité du prêt de consomption*, part. I, ch. I, § 3, n° 8).

Digitized by Google

« la femme ou ses héritiers), elle refuse sur les biens du mari « la distraction de la dot et des autres reprises matrimoniales. « La *propriété abstraite* que la femme a de sa dot ne suffit pas, « sans doute, pour lui attribuer préférence sur les créanciers « du mari; c'est un point réglé et bien réglé à l'avenir. « (V. l'arrêt des chambres réunies du 16 janvier 1858, *Revue* « *critique*, t. XII, p. 1.) Mais cette question de préférence vis- « à-vis des tiers, et celle de la distraction des valeurs, vis-à- « vis de l'impôt, sont-elles dans une dépendance nécessaire, « comme on l'a pensé généralement, comme je l'ai cru moi- « même? (V. la *Revue*, t. XIV, p. 292.) On en peut douter. « Le mari, sur les biens personnels de la femme, a un droit « analogue à l'usufruit, et ce qui est décidé au point de vue de « l'impôt pour l'usufruit de sommes devrait, à ce qu'il semble, « être étendu au cas dont il s'agit. »

On peut entrevoir aujourd'hui le moment où la logique va produire ses fruits. Un arrêt du 30 janvier 1866 (*Repert.*-Garnier, n° 2229) porte que « vis-à-vis de la femme, le mari, quel que « soit le régime adopté par les époux, n'est, quant aux biens « qu'elle s'est réservés comme propres par son contrat de « mariage, qu'un administrateur; qu'ainsi, lorsqu'à la disso- « lution de la communauté il lui remet le montant de ses re- « prises et apports, il ne fait que s'exonérer envers elle du « mandat qu'il en avait reçu. — D'où il suit qu'en décidant, « dans l'espèce [1], que l'acte qui constatait cette remise ne ren- « fermait qu'une simple décharge de mandant à mandataire, « passible du droit fixe, le jugement attaqué, loin de violer la « loi, n'en a fait qu'une juste application, etc. »

Il y a corrélation directe entre la question tranchée par cet arrêt et celle de la distraction des valeurs dans la succession du mari.

Si le droit proportionnel de libération n'est pas encouru, lorsque le mari restitue à la femme le montant de ses reprises, c'est que ces valeurs sont en dehors du patrimoine du mari ; la femme les reprend comme choses à elles appartenantes. L'obligation de restituer dont son mari est tenu vis-à-vis d'elle n'est pas considérée comme une *charge* du patrimoine de celui-ci.

[1] Or, dans l'espèce, la femme avait renoncé à la communauté.

Digitized by Google

La situation est identique à celle des legs de sommes n'existant pas en nature dans la succession, et desquels on fait distraction pour la liquidation des droits de mutation, encourus par l'héritier, débiteur de ces legs. Par cela seul que les actes de délivrance de legs, sans distinction, sont assujettis au droit fixe, Merlin a conclu, par la seule force de l'interprétation doctrinale, que le législateur a voulu « *assimiler* « *à tous égards* » les legs de sommes aux legs qui se payent « en effets héréditaires parce qu'il a voulu qu'ils fussent « *censés* payés de manière à n'opérer aucune mutation du lé- « gataire universel au légataire particulier [1]. » Cette doctrine a été consacrée par le célèbre avis du Conseil d'État du 10 septembre 1808, dont il ne faut pas oublier le caractère purement interprétatif. La Cour de cassation a appliqué le même raisonnement à l'usufruit de sommes, dans son arrêt précité du 6 décembre 1858. La logique la pousse invinciblement à faire application des mêmes principes dans le cas des reprises matrimoniales. Quel que soit le régime adopté par les époux, les reprises de la femme, pour la liquidation des droits de mutation par décès, doivent être distraites du patrimoine laissé par le mari [2].

Ce résultat est en harmonie avec le revirement de jurisprudence qui s'est opéré, dans ces dernières années, en ce qui touche les donations de sommes payables au décès du donateur. Par deux fois déjà nous avons entretenu le lecteur de cette importante question [3]. « L'interprétation libérale, admise « par la Cour pour le cas d'usufruit de sommes, disions-nous « en 1860, ne peut-elle pas encore ici être invoquée avec « raison, pour faire revenir à ses premiers errements la juris- « prudence des arrêts? »

Nos prévisions sur ce point se sont réalisées ; un arrêt de *cassation* du 30 juillet 1862 (*Répert.*-Garnier, n° 1698), faisant retour à une jurisprudence plus ancienne, a décidé « qu'aux

[1] Merlin, *Répertoire*, v° LÉGATAIRE, § VIII. Merlin cependant ne tirait pas encore toutes les conséquences de ses prémisses; mais la jurisprudence moderne est allée jusqu'au bout et a *assimilé à tous égards* les legs de sommes aux legs qui se payent en effets héréditaires. V. nos *Principes de l'enregistrement*, 2e édit., n° 664, et la *Revue*, t. XIV, p. 295.

[2] V., en ce sens, une solide dissertation de M. Garnier (*Rép. pér.*, n° 2124).

[3] *Revue*, t. XIV, p. 300, et t. XVI, p. 489.

Digitized by Google

« yeux de la loi fiscale, ces donations ont opéré une véritable « mutation, dont les droits ont été perçus par la régie au mo- « ment de la présentation des contrats à la formalité de l'enre- « gistrement; — Que dès ce moment les sommes données ont « cessé, au point de vue de l'impôt, de faire partie du patri- « moine du donateur, et, par conséquent, ont dû être *distraites* « de la masse active de sa succession, lors de la déclaration « qui en a été faite après son décès, etc. »

Par une conséquence des mêmes principes, il est maintenant constant que, lorsque les legs de sommes sont payables au décès du légataire universel, l'héritier de celui-ci peut distraire le montant de ces legs de la masse du patrimoine, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens qui le composent. Le légataire universel ayant eu, pendant sa vie, la jouissance des sommes léguées à titre particulier, son droit sur ces sommes constitue, au fond, un usufruit, et le droit correspondant des légataires particuliers est un droit de nue propriété desdites sommes. Cette interprétation a prévalu dans une espèce où la qualification d'usufruit n'avait pas été donnée expressément par le testateur à la jouissance attribuée au légataire universel sur les sommes léguées à titre particulier. Mais c'est bien le cas d'appliquer l'adage : *Non res sermoni, sed sermo rei subjicitur*. Telle est, en substance, la décision d'un arrêt de rejet de la chambre civile, du 25 juin 1862 (*Repert.*-Garnier, n° 1665).

L'administration de l'enregistrement a transmis cet arrêt aux préposés pour servir de règle à la perception. Mais puisque l'héritier du légataire universel est admis à faire la distraction des sommes léguées à titre particulier, à raison du titre d'usufruitier qui appartenait virtuellement à son auteur, il s'ensuit qu'à l'origine de son droit, c'est-à-dire à l'ouverture de la succession du premier testateur, le légataire universel, grevé de legs de sommes payables à son propre décès, encourt sur lesdites sommes l'impôt afférent à la constitution d'usufruit.

Cette prétention nouvelle de l'administration a été accueillie par plusieurs tribunaux (*Répert.*-Garnier, n° 2184), et elle est, il faut le reconnaître, conséquente aux principes dont la Cour de cassation fait aujourd'hui l'application avec un esprit d'ensemble tout à fait remarquable.

On le voit, la controverse judiciaire se développe, en ces

Digitized by Google

matières, avec le même esprit de liberté et d'indépendance que dans les matières civiles. Cette observation doit encourager de plus en plus les jurisconsultes à faire entrer dans le commerce habituel de leurs idées l'étude attentive et la discussion des lois de l'enregistrement.

G. DEMANTE.

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1].

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

119. Après avoir constaté que la condition de continuité est inutile à l'effet d'autoriser la prescription, voyons si la discontinuité, telle que l'entend l'article 688, doit être un motif pour exclure ce mode d'acquisition. Les exemples cités par le législateur sont empruntés aux servitudes de passage, de puisage, de pacage. Que le passage exige le fait de l'homme, qu'il en soit de même en matière de puisage, nous le concédons volontiers. Mais quand il s'agit de la servitude de pacage, elle se conçoit parfaitement comme susceptible de s'exercer, indépendamment du fait actuel de l'homme. Pacager est un acte qui appartient aux animaux, acte qu'ils accomplissent sans aucun secours, livrés à eux-mêmes. L'intervention humaine ne se montre ici qu'afin de conduire le bétail au lieu de pâture, et de le surveiller en vue d'empêcher qu'il ne s'égare, ou qu'il ne commette quelque dommage. Le législateur a pensé aux troupeaux, qui ne vont pas sans un berger, et la servitude de pacage lui a semblé ne devoir s'exercer que sous l'œil d'un gardien. En réalité, le fait du pacage n'exige pas forcément la présence d'un berger. Dans les pays où le pâturage est le plus pratiqué, nous voyons qu'il est habituel de tenir le bétail dans des lieux clos, de sorte qu'au moyen de la précaution d'une clôture, le pacage s'exerce loin de l'œil de l'homme. La nécessité de mener et de ramener le bétail ne suffit pas pour rendre la servitude discontinue, le fait de l'homme ne se pro-

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440; t. XXXI, p. 112 et 131, 521 et 539.

Digitized by Google

duisant que momentanément, avant et après l'exercice de la servitude. On pourrait d'ailleurs citer des localités où le bétail est laissé constamment dans les herbages, y passant le jour et la nuit. Devra-t-on dire, par conséquent, que la servitude de pacage est tantôt discontinue, tantôt continue? C'est ce qu'il faudrait admettre pour se conformer à la réalité des choses; et cependant nous sommes persuadé que l'intention du législateur a été de considérer, sans aucune exception, toute servitude de pacage, comme constituant une servitude discontinue.

120. En recherchant les motifs raisonnables sur lesquels s'appuie le rejet de la prescription, à propos des servitudes de passage, puisage ou pacage, nous croyons que cette décision s'explique en général d'une façon satisfaisante, à cause de la manière dont s'exerceront la plupart du temps de semblables servitudes. Presque toujours elles manqueront d'apparence, parce qu'aucun ouvrage n'aura été exécuté pour en faciliter l'usage. De là, une possession incertaine reposant sur des actes éloignés les uns des autres, en sorte que la vigilance du propriétaire menacé par la prescription aura pu aisément être mise en défaut. D'un autre côté, il arrivera le plus souvent que les faits de jouissance, émanant du prétendant à la servitude, ne seront que très-peu préjudiciables, ce qui rend raisonnable une présomption de tolérance, et nous ramène à l'idée de précarité. C'est sous cet aspect que les choses se présenteront habituellement, et toutes les fois que les servitudes en question auront cette physionomie, il y a double motif pour condamner la prescription.

121. Cependant la situation peut changer; les circonstances peuvent être telles qu'il n'y aura plus à accuser la possession d'être mal définie, qu'il n'y aura plus lieu de voir dans l'espèce les effets d'un esprit de bon voisinage. Supposons un passage dont l'assiette est bien déterminée, qui s'annonce par une barrière; de plus, le terrain destiné au passage a été consolidé, disposé pour être aisément frayable. L'apparence est aussi complète que possible, et le voisin n'a pu se tromper sur les intentions de celui qui a fait ces travaux, qui en a usé pendant trente ans. En outre, l'existence du chemin ainsi tracé est loin d'être inoffensive; c'est une portion de son héritage dont le propriétaire perd les revenus, qu'il a fallu re-

Digitized by Google

noncer à rendre frugifère, toute culture étant incompatible avec l'existence du passage. Assurément, la servitude ne deviendra pas alors continue, en ce sens qu'elle puisse s'exercer sans le fait de l'homme. Néanmoins, tous les caractères de la possession utile à la prescription se rencontrent ici à un tel degré de certitude qu'il a bien fallu trouver le moyen de se débarrasser de l'article 691. Les auteurs et la jurisprudence ont atteint ce résultat, en disant qu'il fallait apprécier la possession comme ayant été exercée à titre de propriété et non de servitude, ce qui permet d'ouvrir la voie à la prescription. Nous reviendrons un peu plus tard sur cette doctrine, qui peut être fort ingénieuse, mais qui au fond n'est qu'un expédient imaginé pour éluder la loi. A notre gré, d'ailleurs, on est allé au delà du but, et il y a des inconvénients sérieux à faire dépasser à la possession sa portée véritable, en reconnaissant le titre de propriétaire à celui qui n'a joui de la chose d'autrui que sous la forme d'une servitude. Mais, pour contenir dans ses justes limites la prescription accomplie, il aurait fallu, ce que le texte de la loi ne permettait pas, enlever au passage le caractère de discontinuité qui lui a été imprimé, et par suite duquel le droit serait resté imprescriptible, s'il n'eût été transformé quant à sa nature.

122. Des observations semblables peuvent être appliquées à la servitude de puisage. Il est bien des cas, sans doute, où l'usage de puiser de l'eau chez autrui, quelque prolongé qu'il soit, ne devra pas être considéré comme entraînant l'établissement d'un droit. Permettre aux voisins de prendre de l'eau est un acte de bienveillance fort louable, qu'on ne saurait trop encourager, en mettant le propriétaire de la source à l'abri de tout préjudice, par suite de sa patiente complaisance. Mais il sera bien rare que la façon dont le puisage aura été exercé puisse donner lieu à équivoque, et risquer d'être interprété en faveur de l'existence d'une servitude, si un titre positif ne vient expliquer la véritable situation. Cependant ne peut-il se faire que le propriétaire qui prend l'eau chez son voisin ait exécuté des ouvrages permanents, ait créé un état de choses que nul ne tolérerait par esprit de familiarité? Rappelons l'hypothèse dont nous avons déjà parlé, celle où il y aurait eu installation d'une pompe dans le puits de l'héritage voisin. La servitude deviendrait alors apparente, sans cesser d'être discon-

Digitized by Google

tinue. Devra-t-on dire que, à défaut de titre, l'enlèvement de la pompe pourra être exigé, bien qu'elle fonctionne depuis plus de trente ans? On avouera, toutefois, que, en pareil cas, une concession précaire est peu vraisemblable, et qu'il y aurait imprudence à ne pas en avoir obtenu l'aveu formel. Sans doute, on songera à se tirer d'affaire en cette occasion par un expédient analogue à ce qui est volontiers admis quant au droit de passage. Pourquoi ne s'aviserait-on pas, en effet, de dire qu'il y a eu possession du puits à titre de copropriétaire, et qu'ainsi la prescription a été acquise[1]? — Remarquons enfin qu'il ne serait pas impossible de faire disparaître la continuité : il suffirait que, pour amener l'ascension de l'eau, une autre force fût employée que celle de l'homme. Les progrès de la mécanique fournissent aujourd'hui le moyen de mettre en jeu une machine destinée à puiser de l'eau, abstraction faite des bras de l'homme, par exemple, à l'aide d'un système d'ailes analogue à celui d'un moulin à vent. La servitude de puisage deviendra donc continue, si l'air fait mouvoir le mécanisme servant à élever l'eau, puisqu'on pourra se passer du fait actuel de l'homme. Voilà les distinctions bizarres auxquelles conduit la théorie de la discontinuité. N'est-il pas plus simple de rechercher dans les circonstances de chaque cause s'il y a eu une possession caractérisée, de manière à témoigner l'exercice d'un droit, ou si tout s'est borné à des faits insignifiants, de nature à laisser intacte la propriété, parce qu'ils doivent naturellement s'expliquer par des rapports de bon voisinage?

123. Faut-il ajouter que la servitude de pacage se prête aux mêmes différences, suivant les allures qu'elle offrira? Assurément, il est sage de ne pas ouvrir ici encore facilement la voie à la prescription. Celui qui n'a pas de titre pour justifier à son profit l'établissement d'une servitude de ce genre ne doit pas en général être admis à se prévaloir d'actes de pâturage, qui auront été pratiqués de temps à autre, surtout à l'égard de terrains dont la récolte avait été enlevée. Il ne saurait résulter de là qu'une jouissance équivoque, inoffensive pour le pro-

[1] Telle est, en effet, la doctrine de M. Demolombe, t. II, n° 673; s'il ne permet pas de prétendre à l'établissement par la possession d'une servitude de puisage, cet auteur regarde comme possible l'acquisition au moyen de la prescription d'un droit de copropriété.

Digitized by Google

priétaire; et l'on comprend qu'il ait dédaigné de s'armer de sévérité pour réprimer des abus qui ne lui causaient pas grand tort. Mais si le pacage s'est exercé hardiment, d'une façon constante, en dépouillant le propriétaire de revenus utiles; si le voisin s'est comporté sur l'héritage d'autrui comme il aurait pu le faire chez lui, établissant des clôtures pour s'épargner des frais de garde, creusant des abreuvoirs pour désaltérer son bétail, il devient assez probable de supposer que tout cela a été fait par quelqu'un qui était autorisé d'agir de la sorte. Sans doute, on essayerait vainement de sauver au bout de trente ans le maintien de cet état de choses, si on le qualifiait de servitude. Sera-t-il interdit alors de recourir à la ressource, consistant à soutenir qu'il y a eu possession à titre de propriété? On sait que ce détour a été imaginé pour échapper à la rigueur de l'article 691 à l'occasion des droits de passage. Nous nous expliquerons tout à l'heure sur cet expédient; dès à présent cependant, nous dirons que, s'il est permis d'acquérir la propriété d'un terrain en y pratiquant des actes de passage sous telle ou telle condition, il nous paraîtrait tout aussi légitime d'admettre la même conséquence à la suite d'une jouissance plus complète, exercée sous la forme d'actes de pâturage [1].

124. On se rappelle que, suivant nos précédentes explications, la distinction de la continuité et de la discontinuité a été adoptée comme un moyen de départager les servitudes, dont les unes seraient réputées avoir été exercées en vertu d'un droit, tandis que les autres devaient être considérées comme n'étant que l'effet d'une simple tolérance. A côté de l'inexactitude que nous avons relevée, quant au classement opéré par le législateur entre les deux catégories, on peut constater, en consultant la pratique des affaires, que le but cherché n'a pas été atteint. Les faits ne se sont pas pliés à la symétrie qui avait été imaginée, et la présomption de non-précarité, sous-entendue par la loi, a dû s'évanouir en présence de la réalité.—Il arrive souvent que le propriétaire d'un mur laisse son voisin appli-

[1] La jurisprudence est effectivement entrée dans cette voie; il a été décidé plusieurs fois que le fait d'avoir fait pacager ses bestiaux pouvait être utilement allégué pour établir un droit de copossession sur un terrain qui n'était susceptible que de ce mode de jouissance. V. M. Dalloz, v° *Servitude*, n° 1108.

Digitized by Google

quer des espaliers sur ce mur, ce qui permet à ce dernier de retirer de l'héritage d'autrui une utilité qu'il doit se ménager par des travaux extérieurs, et pour laquelle le fait actuel de l'homme n'est pas nécessaire. Les caractères d'apparence et de continuité, d'où semblerait devoir s'induire absolument la prescriptibilité, se rencontrent dans l'espèce. Cependant, selon une doctrine assez constante [1], la possession trentenaire ne saurait être ici invoquée; et il y a effectivement de bonnes raisons pour décider ainsi. Fournir un appui aux arbres du voisin, ce qui n'exige que la fixation de quelques clous, est un acte de complaisance qui s'accorde volontiers, parce qu'il est sans inconvénients. Mais il ne s'agit que d'un bon office, dont le maintien dépend de la volonté du propriétaire du mur; en un mot, il n'y a là qu'une possession précaire. — C'est à l'aide des mêmes idées que doivent se résoudre les questions agitées par les auteurs, pour savoir si le fait de placer quelque dépôt, du fumier, par exemple, sur le terrain d'autrui peut engendrer à la longue une servitude, de même que l'habitude d'engranger des récoltes dans les bâtiments d'autrui. Dans ces cas également, le service obtenu de l'immeuble voisin se révèle par un état de choses visible, et la continuité ne fait pas non plus défaut. N'est-il pas raisonnable cependant d'interpréter tout cela comme des actes de familiarité tolérés par esprit de bon voisinage? Nous supposons, bien entendu, que la jouissance alléguée se réduit aux faits que nous avons signalés, et qu'il ne s'y joint pas d'autres circonstances, venant accuser un droit de copossession sur le terrain ou sur les bâtiments.

125. Des arrêts récents de la Cour de cassation sont venus confirmer cette doctrine qu'en matière de servitudes, la possession peut être précaire, nonobstant les caractères d'apparence et de continuité. Nous appelons particulièrement l'attention sur une décision rendue le 26 juin dernier par la Chambre civile. Un propriétaire avait bâti jusqu'à la limite extrême de son héritage, et il avait couronné sa construction d'une corniche sculptée, qui faisait saillie sur la propriété contiguë. Cet état de choses ayant duré trente ans, il s'agissait de

[1] V. en ce sens, M. Demolombe, t. I, n° 347, et divers arrêts indiqués par cet auteur.

Digitized by Google

savoir si le droit de le conserver avait été acquis par prescription. La Cour suprême a résolu la question dans le sens de la négative, ce qui se justifie très-bien par cette considération que l'établissement de cette corniche étant chose indifférente pour le voisin, celui-ci avait pu, par esprit de tolérance, laisser subsister cet ornement. Dans l'espèce cependant, l'apparence et la continuité se trouvaient réunies, double circonstance qui n'a point sauvé la corniche, dont le possesseur ne pouvait invoquer qu'une possession entachée de précarité [1]. — Un arrêt

[1] Au moment où nous écrivions ces lignes, nous ne connaissions l'arrêt du 26 juin qu'au moyen du sommaire de la décision donnée par les journaux judiciaires. Depuis cette époque, le texte de l'arrêt a été publié; il se trouve dans le recueil de M. Dalloz, année 1867, 6e cahier, I, p. 254. On lit dans les considérants que la possession invoquée par le propriétaire de la maison à corniche ne pouvait être efficace, attendu qu'il s'agissait d'une servitude *non apparente*, savoir la servitude *altius non tollendi*. — Nous ne saurions approuver ce motif. Il n'était nullement question dans l'espèce de la servitude *altius non tollendi;* son vrai nom, pour l'emprunter aux Romains, est celui de servitude *projiciendi, protegendi-ve*, qui figure à côté de la servitude *altius non tollendi* dans l'énumération des servitudes urbaines, à la loi 2, D., *De serv. præd. urb.* Sans doute la servitude *altius non tollendi*, proprement dite, est non apparente; mais, si elle empêche le voisin de bâtir, elle ne donne nullement au propriétaire de l'héritage dominant la faculté de couvrir par ses constructions, à quelque hauteur que ce soit, l'héritage servant. Pour avoir le droit d'agir ainsi, il faut être autorisé à avoir des ouvrages faisant saillie, qui avancent sur le fonds grevé. Il y a alors servitude *projiciendi*, laquelle est incontestablement une servitude apparente, proposition tellement claire que nous ne prendrons pas la peine de la démontrer. Était-il donc nécessaire, pour repousser la prescription, de dénaturer la servitude prétendue, et de lui dénier le caractère d'apparence? Ne suffisait-il pas de dire que, si le voisin avait laissé établir, au faite de l'édifice joignant son terrain, une *projectio* de quelques centimètres, c'était de sa part un acte de tolérance. Il faudrait être bien rigoureux, tant qu'on n'a pas un intérêt contraire, pour refuser à son voisin la satisfaction de voir son habitation décorée par un couronnement de pierres sculptées, parce que ces sculptures feraient tant soit peu bosse en deçà de la ligne séparative des deux héritages. Mais, au lieu de la légère saillie, résultant d'une corniche, qui donnera à peine quelques pouces d'ombre de plus, supposons qu'il s'agisse d'une entreprise franchement envahissante. Voici quelqu'un, qui commence à bâtir en s'enfermant sur son terrain; puis, en élevant son édifice, dès le premier étage, par exemple, il étend ses constructions au-dessus du terrain contigu au sien. Il développe la portée de son bâtiment, au moyen d'étais, qui partant de telle hauteur soutiennent une portion de la maison, laquelle vient couvrir l'héritage voisin. Cet état de choses a duré trente ans sans contradiction. Essayera-t-on de dire alors que ce qui est ainsi *projectum* constitue sous le nom de *servitus altius non tollendi* une servitude non ap-

Digitized by Google

de la même chambre, à la date du 9 juillet dernier[1], a jugé qu'on devait apprécier, comme un simple fait de tolérance, celui d'avoir souffert que les branches des arbres du voisin avancent sur votre héritage. Ici encore la tolérance se conçoit parfaitement. Il n'y a là qu'un inconvénient presque insensible d'abord, qui peut s'accroître avec le temps, sans devenir jamais bien dommageable. C'est au propriétaire du terrain couvert par les branches qu'il appartient de décider à quel moment son intérêt, bien entendu, lui conseillera de rappeler son voisin à l'observation de la loi, d'autant mieux qu'il pouvait, s'il désirait de l'ombre, trouver avantage à ne pas exiger l'amputation de ce qui dominait sa propriété.

126. Où poser maintenant la limite de la précarité? Vouloir résoudre ce point théoriquement, d'une manière abstraite, serait une vaine tentative; c'est une tâche qu'il faut abandonner à la sagacité des tribunaux. En définitive, la prescriptibilité admise à l'occasion des servitudes continues et apparentes ne gêne en rien la conscience du juge, à raison de la règle générale qui exige dans toute possession, pour être utile, le défaut de précarité, règle qui ne peut pas être mise de côté en matière de servitudes. Le texte de la loi doit s'interpréter ainsi : Toutes les fois que la servitude sera à la fois apparente et continue, la prescription sera possible, ce qui ne veut pas dire que la prescription sera nécessairement accueillie, sans examen des qualités de la possession, qualités

parente? Assurément la servitude *altius non tollendi* serait ici implicitement comprise dans la servitude *projiciendi*; mais il serait impossible de méconnaître que des constructions ainsi disposées ont dû faire acquérir définitivement le droit de conserver l'espace occupé dans la superficie de l'héritage placé en dessous. Une possession aussi éclatante ne saurait rester sans valeur : nul ne tolérerait un pareil arrangement, qui le priverait pour une portion notable de la faculté de disposer du dessus de son terrain, tandis que bien peu de gens s'offusqueront de l'innocente saillie d'une corniche. Si la prescription doit être admise dans un cas et rejetée dans l'autre, cela ne tient nullement à ce qu'il y aurait tantôt servitude apparente, tantôt servitude non apparente. Une corniche non apparente manquerait son but, toute corniche étant faite pour être vue. La différence des solutions doit être expliquée par la différence dans les qualités de la possession, exempte ici, entachée là de précarité.

[1] Cet arrêt n'a fait que confirmer une solution en faveur de laquelle existaient déjà plusieurs précédents.

Digitized by Google

qui doivent être appréciées d'après les circonstances de chaque affaire.

127. Cette latitude d'interprétation fait défaut, quand il s'agit de la constitution des servitudes qualifiées discontinues. Ici la loi est stricte et formelle; elle est impérative, au lieu d'être simplement permissive; elle exclut absolument la prescription. C'est par là surtout que pèche la théorie de la discontinuité, avec les conséquences qui lui ont été rattachées; c'est en ce point qu'elle a froissé des intérêts sérieux. Aussi les efforts n'ont-ils point manqué pour essayer d'échapper à la rigueur de la décision écrite dans le Code.

128. Parmi les tempéraments que notre ancien droit apportait à l'exclusion de la prescription, on ne pouvait tirer parti de la possession immémoriale, que les auteurs étaient autrefois assez disposés à reconnaître comme efficace, là, du moins, où le texte précis de la coutume ne s'y opposait pas. Notre législateur, en effet, s'est expliqué catégoriquement; il a pour l'avenir dépouillé de toute valeur la possession immémoriale, ce dont on ne saurait assurément le blâmer. Il a donc fallu se renfermer dans les termes de la prescription ordinaire, et on a cherché à lui faire jouer un rôle, pourvu qu'elle ne se présentât pas isolée et qu'elle fût appuyée du secours de quelque autre élément. En s'inspirant des motifs qui avaient paru devoir entraîner la condamnation absolue de la prescription dans la plupart des pays coutumiers, on a raisonné de la sorte. Puisque l'obstacle à la prescription réside dans une présomption de précarité attachée, à défaut d'un titre, à l'exercice des actes de servitude, du moment où la jouissance pratiquée sera purgée du vice originel qui est réputé l'accompagner, cette jouissance doit cesser d'être suspectée, et dès lors, la voie doit être ouverte à la prescription, la cause pour laquelle est en général écarté ce mode d'acquisition ne se rencontrant pas dans l'espèce. C'est ce qui arrivera, a-t-on dit, s'il y a eu possession consécutive à une déclaration faite par le propriétaire du fonds dominant, qu'il entendait se comporter comme ayant droit à une servitude, ou si la possession peut se justifier par un titre coloré, par une concession émanée *a non domino*.

129. En ce qui concerne la première ressource, empruntée à nos vieux auteurs, et qui jadis était admise dans certains

Digitized by Google

pays, la doctrine qui voudrait faire revivre aujourd'hui ce mode de constitution a bien rallié quelques défenseurs; cependant on peut dire qu'elle n'a guère pris faveur. Le plus grand nombre des commentateurs modernes l'a combattue, et nous ne sachions pas qu'on puisse relever dans la jurisprudence aucune décision des tribunaux qui l'ait consacrée. Outre les inconvénients attachés à ce système, pour lesquels nous nous bornons à renvoyer à ce que nous avons dit précédemment[1], cette opinion était trop ouvertement inconciliable avec la disposition formelle de la loi pour qu'elle dût triompher. L'article 691 énonce, en effet, formellement qu'une servitude discontinue ne peut s'établir que par titre, c'est-à-dire que par la volonté du propriétaire. Or c'est évidemment forcer le sens des mots que de voir un titre dans le silence gardé par le propriétaire du fonds prétendu asservi. Le silence s'explique par cette considération qu'il lui est permis de tenir pour vaines les menaces de son adversaire, et de pousser aussi loin qu'il voudra l'esprit de complaisance, sans encourir aucun préjudice, la prescription étant déclarée impossible en l'absence d'un titre, qui n'existe point en pareil cas.

130. La lutte a été plus vive relativement à la prescription de dix ou vingt ans. Les interprètes du Code se sont partagés sur cette question en deux camps presque égaux. Il y a eu aussi quelque hésitation dans la jurisprudence, et on peut citer certaines décisions judiciaires en faveur de la prescription. Cependant le plus grand nombre des Cours impériales s'est prononcé en sens contraire; et c'est la doctrine qui a été plusieurs fois consacrée par des arrêts de la Cour suprême[2].

131. Pour notre compte, nous considérons comme insoutenable l'opinion qui prétend appliquer à toutes les servitudes, même à celles qui manquent d'apparence ou de continuité, le bénéfice de la prescription de dix ou vingt ans. Le motif est le même que celui indiqué tout à l'heure à propos de l'inefficacité d'une contradiction opposée au propriétaire du fonds servant. Le texte de la loi résiste à toute interprétation ayant pour but d'attribuer un rôle quelconque à la prescription en semblable matière. L'interdiction radicale de ce mode de

[1] V. n° 103.
[2] V. M. Demolombe, t. II, n° 781.

Digitized by Google

constitution est édictée aussi nettement que possible. Après avoir autorisé, à l'égard des servitudes continues et apparentes, deux moyens de les établir, le titre et la possession trentenaire, le législateur, s'expliquant sur les servitudes qui ne réunissent pas ce double caractère, n'admet plus que l'un de ces moyens, et il proscrit l'autre de la façon la plus péremptoire, en disant que les servitudes de cette catégorie *ne peuvent s'établir que par titre*. Eh bien, quand le prétendant à la servitude invoque un titre émané *a non domino*, on ne peut contester que le titre, moyen unique reconnu par la loi, ne soit impuissant à créer la servitude. Ce qui la créerait, en réalité, ce serait la possession, dont la durée serait simplement abrégée en considération de l'existence d'un titre. Il y aurait par conséquent, contrairement aux termes formels du Code, deux modes différents de constitution du droit, savoir le titre, agissant par sa seule vertu, immédiatement, quand il a été fourni par le véritable propriétaire, et à côté du titre, le mode de la prescription, ramenée à dix ou vingt ans, mais qui serait, néanmoins, toujours une prescription.

132. En vain fait-on observer que, l'obstacle à la prescription résidant dans une présomption de précarité, quant à la possession, ce vice disparaît en pareille circonstance ; on ne pourrait pas dire, en effet, à l'égard de celui qui se croit autorisé à exercer la servitude, qui a, par exemple, acheté à beaux deniers cette faculté, qu'il jouit seulement en profitant de l'esprit de tolérance dont serait doué le propriétaire du fonds servant. — La réponse à cette objection est facile. Il ne suffit pas, pour fonder une possession utile, que, dans la pensée de celui qui possède, elle réunisse tous les caractères voulus. Il faut de plus, il faut surtout que la possession apparaisse avec tous ses dangers, avec ses conséquences menaçantes, aux yeux de celui au détriment duquel un droit serait acquis. C'est ce qui n'a pas lieu dans l'espèce, puisque le véritable propriétaire est étranger à l'acte allégué par son adversaire pour colorer sa possession. Par suite de l'ignorance où il est resté de l'existence d'un titre, il a pu, se confiant aux appréciations de la loi, regarder comme inoffensifs pour lui les faits de jouissance invoqués pour la constitution de la servitude. Il a entendu seulement rendre un service bénévole, faire preuve de complaisance ; il serait victime d'une surprise, si

Digitized by Google

on lui imposait une servitude dont il n'a pu soupçonner le germe.

133. Cette considération enlève toute force à l'argument que l'on a voulu puiser dans l'ancienne jurisprudence. Il est vrai que dans plus d'une coutume, et telle était la doctrine de Pothier, on voyait coexister ces deux règles : exclusion de la prescription isolée, admission de la prescription de dix ou vingt ans, s'appuyant sur un titre. Au fond, c'était une contradiction d'idées. Du moment où la possession d'une servitude quelconque était tenue sans aucune distinction pour n'être que l'effet d'une tolérance, il n'était pas logique d'écarter cette supposition, à raison d'un titre émané d'un tiers, titre inconnu du véritable intéressé, et ne devant pas, dès lors, changer, quant à lui, le caractère ordinaire attribué à cette jouissance. Cette inconséquence pouvait se justifier autrefois : on sentait qu'il y avait exagération dans la présomption absolue de précarité, et la concession de la prescription de dix ou vingt ans était un palliatif servant à corriger ce qu'il y avait d'excessif dans la portée donnée à cette présomption. Mais aujourd'hui le législateur a resserré dans certaines limites la présomption anciennement générale; il ne la fait plus peser que sur telle catégorie de servitudes. C'est à ce point de vue que s'explique surtout la répartition des servitudes en deux classes, les unes se prêtant, les autres se refusant à une possession utile pour la prescription. Par conséquent, il n'y a plus de motif pour ouvrir, quant à ces dernières, la voie à la prescription. L'intention des auteurs du Code était bien de condamner alors la prescription à demeurer toujours inactive; ils l'ont énoncée dans les termes les plus explicites, en disant, répétons-le, que de telles servitudes ne pourraient s'établir que par titre.

134. La question devient plus délicate, quand il s'agit de servitudes à la fois continues et apparentes. Ici, la possession étant reconnue efficace, et la présomption de tolérance n'étant pas applicable, nous estimons que rationnellement la durée de la possession devrait être restreinte à dix ou vingt ans, alors que le possesseur est digne de faveur, grâce à l'existence d'un titre. Malheureusement, le texte de la loi semble assez affirmatif pour exiger que la mesure de la possession s'étende toujours jusqu'à trente années. Cependant on a bien suppléé au silence du Code pour autoriser l'acquisition d'un usufruit par

Digitized by Google

la prescription de dix ou vingt ans. Nous ne voyons pas de motif pour statuer différemment en ce qui concerne les servitudes continues et apparentes. Dans les deux cas, la possession est tenue pour valable, pour être apte à créer un droit; il serait donc juste d'appliquer sans restriction la règle suivant laquelle une possession de dix ou vingt ans, appuyée sur un titre, équipolle à la possession trentenaire destituée du titre.

135. Les moyens imaginés pour échapper à la décision législative, qui refuse aux servitudes discontinues le bénéfice de la prescription, ne se sont pas bornés à ceux que nous avons signalés. Ces moyens étaient insuffisants : le procédé d'une déclaration de contradiction a été promptement abandonné; la ressource de la prescription de dix ou vingt ans se heurtait contre les termes du Code, et ne pouvait d'ailleurs être invoquée qu'à l'aide d'un titre coloré, élément qui, souvent, fait défaut en pratique, à l'abri duquel on ne pouvait placer ceux qui n'ont à alléguer qu'une possession prolongée. On s'est alors avisé de tourner la loi. Renonçons, s'est-on dit, à demander à la prescription qu'elle protége une possession trentenaire, en vue de maintenir la jouissance d'une simple servitude. Soyons plus hardis, élevons nos prétentions jusqu'à la propriété même. Il faut retourner ici la maxime : *Qui peut le plus peut le moins*. Ce qu'on nous refuserait, si nous nous contentions de soutenir qu'un droit réel nous appartient sur la chose d'autrui, nous l'obtiendrons en nous attribuant la qualité de propriétaire. Un démembrement de la propriété ne peut pas toujours être acquis par la prescription; mais il en est autrement de la propriété. L'action confessoire est impossible; recourons à la revendication.

136. Nous avons dit plus haut que ce détour avait été employé à l'occasion du droit de passage, l'une des servitudes les plus usuelles, celle de toutes peut-être qui a suscité dans le passé, et qui suscite encore journellement le plus de procès [1].

[1] La faculté d'exiger moyennant indemnité un passage sur les héritages voisins au profit des fonds enclavés, et la possibilité de se libérer par voie de prescription de l'obligation à l'indemnité, enlèvent beaucoup de ses inconvénients à la règle qui défend d'acquérir par prescription une servitude de passage. Néanmoins, abstraction faite du cas d'enclave, la longue possession, exercée sous forme de passage, réussira à se faire maintenir, grâce à l'expédient dont nous avons à apprécier l'opportunité.

Digitized by Google

Quelqu'un pendant plus de trente ans a exploité son héritage en suivant telle direction. S'il éprouve un obstacle à la continuation de cet état de choses, il doit bien se garder de dire qu'il traversait le terrain d'autrui, et qu'il s'est comporté ainsi comme exerçant une servitude. Mais qu'il allègue avoir agi comme propriétaire du terrain servant d'assiette au passage; alors, bien qu'il n'ait pas de titre, il sera écouté à invoquer une possession qui aura duré trente années. A la vérité, on lui impose la nécessité d'établir, quant à la portée de la possession, qu'elle ne s'est pas bornée simplement à des actes de passage; il devra prouver qu'il a entretenu la voie en bon état de service, qu'il y a fait en temps opportun les réparations exigées pour le facile exercice du passage. On convient cependant que les conditions voulues dans la jouissance, pour être constitutives du droit de propriété, n'ont rien de déterminé rigoureusement, et qu'il appartient souverainement au juge de rechercher si dans les circonstances de la cause il y a bien eu jouissance à titre de propriétaire. Cette doctrine a été accueillie par les auteurs les plus recommandables, et a été maintes fois consacrée par la jurisprudence [1].

137. On ne saurait nier que, en fait, une pareille situation ne puisse se rencontrer. Il y a, par exemple, un titre formel constatant, au profit de Primus, son droit de propriété sur une langue de terrain, dont l'utilité est de fournir le moyen de desservir un fonds appartenant au même individu. Or, si l'on peut être propriétaire d'un immeuble consacré à l'exercice d'un passage, pourquoi, dira-t-on, rendre victime de la perte de son titre celui qui a disposé les choses de façon à sacrifier une portion de son héritage, afin de se ménager un accès commode pour le surplus? Ici doit intervenir la prescription, en jouant son rôle ordinaire, rôle qui n'est pas tant de créer un droit que de suppléer à l'absence des documents justifiant ce droit.

138. C'est précisément cette vertu précieuse de la prescription qui nous fait regretter que le législateur ne lui ait pas permis de s'appliquer partout où la possession est patente, certaine, exempte de précarité; et nous avons suffisamment démontré qu'elle peut réunir ces caractères à l'occasion d'une

[1] V. notamment M. Demolombe, t. 22, n° 673, et Dalloz, *Répertoire*, t. 40, n°s 1107 et 1137.

Digitized by Google

servitude de passage, comme elle peut en être privée, distinction de fait qui devrait être remise à l'appréciation du juge. Dans les cas où la jouissance trentenaire d'un passage se présente avec les conditions utiles pour la prescription, mieux vaudrait, à notre gré, autoriser les tribunaux à décider que la faculté de passer à titre de servitude a été d'abord régulièrement établie, et que la preuve a disparu, au lieu de les forcer à recourir à la supposition d'une jouissance à titre de propriétaire.

139. Sans doute, il est quelquefois possible qu'à côté des faits de passage, il y ait d'autres circonstances d'où l'on pourra justement conclure à l'existence d'un droit de propriété. Ainsi, les bords du terrain formant le passage sont plantés, et c'est celui qui use du passage qui a l'habitude de récolter les fruits provenant de ces plantations. Qu'on trouve là un indice de la propriété, c'est une induction vraisemblable, parce qu'il y a là un moyen de tirer parti d'un terrain, qui ne concorde pas avec une simple servitude. Il est légitime alors d'admettre la prétention à la propriété, droit qui a la prérogative d'être susceptible des modes de manifestation les plus divers. Tel n'est pas le caractère de la servitude, qui est circonscrite au contraire à un mode d'utilité déterminé, toujours le même, sans variation possible. On aura beau, et c'est là ce qui se produit ordinairement dans la pratique, on aura beau, indépendamment des faits de passage, alléguer des actes différents, quand ils ne sont que des moyens d'en faciliter l'usage, par exemple, l'établissement d'une chaussée, d'un pavage, d'un pont, d'une barrière. Je vois bien là une possession éclatante, qui ne craint pas de s'affirmer, qui rationnellement doit être utile pour la prescription, mais à la condition de se renfermer dans les limites de ce qui a été possédé, c'est-à-dire d'un droit de passage, d'une servitude. Donner à de pareils actes la couleur d'actes de propriété, c'est, à nos yeux, déguiser le droit véritable, pour le faire accepter sous un nom d'emprunt, sans lequel il faudrait renoncer au bénéfice de la prescription.

140. Au fond, il faut reconnaître que la prescription, exclue à tort d'un domaine qui lui appartenait, a fini par reconquérir la place qui n'eût pas dû lui être refusée. Seulement, cette manière détournée de maintenir les effets de la possession n'est pas exempte d'inconvénients. On a voulu protéger outre me-

Digitized by Google

sure le droit de propriété contre l'invasion des servitudes, et il est arrivé qu'on a exposé à être sacrifiée complétement cette propriété qu'on désirait laisser intacte, et mettre à l'abri d'une simple charge. La position est devenue plus mauvaise pour celui qui doit subir les conséquences d'une possession ainsi interprétée. S'il ne s'agissait que d'une servitude, le propriétaire du fonds dominant ne pourrait empêcher le voisin, sur le fonds duquel il aurait acquis un pareil droit, d'user lui-même du terrain pour y exercer des actes de passage dans son intérêt, l'empêcher également de tirer parti du sol grevé de la servitude en concédant à un autre un droit de même nature, dont l'exercice serait parfaitement conciliable avec le droit déjà existant. Le titulaire d'une servitude serait aussi obligé d'accepter un changement dans l'assiette du passage, changement qui, sans être préjudiciable au fonds dominant, pourrait être fort avantageux au fonds servant. Tous ces adoucissements, compatibles avec l'établissement d'une servitude par la voie de la prescription, s'évanouissent au contraire dans le système qui fait découler de la possession l'acquisition de la propriété même.

141. Des réflexions analogues peuvent être faites à l'occasion de la servitude de puisage, qu'il serait raisonnable d'admettre comme susceptible de se constituer par la prescription, quand elle est accompagnée de travaux apparents, quand elle s'est exercée pendant trente ans à l'aide de l'installation d'une pompe. Par suite de la discontinuité dont serait affectée la servitude, il faudra encore ici outrer les effets de la possession, et parler de l'acquisition d'un droit de propriété, ou du moins de copropriété [1]. Dès lors, le voisin aura dans la propriété du puits un associé, sans l'aveu duquel il ne pourra accorder à personne le droit de prendre de l'eau, quelque abondante que soit la source, tandis qu'une nouvelle concession offrirait à celui qui serait propriétaire, et grevé seulement d'une servitude, la faculté d'utiliser cette abondance de la source.

142. La difficulté sera encore plus grande pour l'hypothèse d'un droit de pâturage, exercé dans des lieux clos, ostensiblement, à garde faite, droit qui, pendant trente ans, a privé le

[1] V. n° 122.

Digitized by Google

propriétaire d'une partie considérable des fruits de son fonds. Si une pareille possession, impuissante à créer une servitude, doit autoriser celui qui l'invoque à se dire propriétaire, quel nom donnera-t-on à ce démembrement de la propriété, là où il n'y aura pas eu jouissance exclusive, et où il faudra admettre une autre personne à participer à la propriété? Ainsi, les actes de pacage n'ont jamais été pratiqués qu'après la première coupe, de sorte que la première herbe appartient en entier au maître du fonds. On arrivera donc, puisqu'on met à l'écart l'acquisition d'une servitude, à permettre aujourd'hui de renouveler ces cisaillements de la propriété, que connaissait l'ancienne jurisprudence, mais dont notre législateur a entendu proscrire à l'avenir l'établissement.

143. Résumons notre théorie relativement à la prescriptibilité des servitudes. En bonne législation, il eût été fâcheux d'admettre d'une manière générale la prescription comme pouvant établir toute espèce de servitudes; mais il eût été également peu raisonnable d'exclure absolument ce mode de constitution. La vérité est qu'il faut dans chaque cas tenir compte des qualités dont s'est accompagnée la possession exercée. Cette distinction a été très-bien exprimée par les orateurs du gouvernement. Dans l'exposé des motifs du titre *Des servitudes*, afin de justifier l'efficacité donnée quelquefois à la possession trentenaire, Berlier disait : « Des actes journaliers et « patents, exercés si longtemps sans aucune réclamation, ont « un caractère propre à faire présumer le consentement du « propriétaire voisin : le titre même a pu se perdre; mais la « possession reste, et ses effets ne sauraient être écartés sans « injustice [1] ». Il n'en est pas toujours de même, ajoutait-il; dans d'autres cas : « Rien n'assure, rien ne peut même faire « légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une « connaissance suffisante d'actes souvent fort équivoques, et « dont la preuve est dès lors inadmissible. » On a cru que les motifs sur lesquels se fonde la prescription se rencontreraient

[1] Même langage, à peu près, dans la bouche du tribun Albisson. « Il n'y a « pas, disait-il, de raison de regarder la prescription comme insuffisante « pour acquérir un droit de servitude, dont l'exercice et le signe extérieur « de cet exercice auraient duré pendant trente ans, au vu et su du propriétaire, sans contradiction de sa part. »

Digitized by Google

toujours quand il y aurait servitude apparente et continue, doctrine énoncée en propres termes par Berlier, à l'occasion de cette sorte de servitudes. D'un autre côté, on a jugé qu'il n'y avait point de servitude discontinue, apparente ou non, qui pût présenter les caractères d'une possession suffisante. De là cette distribution des servitudes, suivant laquelle l'apparence et la continuité réunies autorisent seules la prescription, qui reste impossible à défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions. Rien de mieux assurément que d'exiger absolument l'apparence, sans laquelle il n'y a point de publicité dans la possession. Ce n'est point assez, sans doute, et bien qu'une servitude s'annonce par des signes extérieurs, il reste à décider si la possession est précaire ou non. Or, nous l'avons vu, elle peut avoir ce caractère à l'égard d'une servitude continue; en outre, la discontinuité dans l'exercice de la servitude n'est pas un obstacle à ce que la possession soit continue, exempte de tolérance, et nullement équivoque. Il eût donc fallu se contenter généralement de l'apparence, et quant aux autres qualités que doit ordinairement présenter la possession pour être utile, s'en remettre à l'appréciation du juge, sans qu'il y eût à s'inquiéter de savoir si la servitude requérait ou non pour son exercice le fait actuel de l'homme.

E. MACHELARD.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA NON-EXIGIBILITÉ, NONOBSTANT LA DÉCLARATION DE FAILLITE, DES CRÉANCES PRIVILÉGIÉES, HYPOTHÉCAIRES OU GARANTIES PAR NANTISSEMENT

ET

DES CARACTÈRES DE LA CRÉANCE DU PROPRIÉTAIRE BAILLEUR.

Par M. Brolles.

CHAPITRE Ier.

Un intérêt, qui va toujours croissant, s'attache à la question de savoir si le jugement déclaratif de faillite rend exigible la créance du propriétaire pour les termes de loyers à échoir.

Digitized by Google

Avant de présenter les observations nouvelles auxquelles nos réflexions sur ce sujet nous ont conduit, il nous semble utile de rappeler sommairement quel est l'état de la question dans la doctrine et dans la jurisprudence.

§ 1er.

On s'est demandé d'abord si la créance naissant d'un bail était une créance conditionnelle, ou une créance à terme.

L'intérêt de cette distinction est manifeste.

L'exigibilité en cas de faillite n'étant attachée qu'aux créances à terme, ceux qui considèrent la créance du propriétaire comme conditionnelle, ne l'admettent qu'à mesure de la réalisation de l'événement suspensif ou de l'accomplissement de la condition.

Au contraire, ceux qui considèrent les loyers comme une créance à terme, sont conduits à lui appliquer l'avantage de cette exigibilité ; en sorte que, dès que le jugement de déclaration de faillite est rendu, le bailleur aurait, au préjudice du locataire et des créanciers de celui-ci, une créance égale au total des sommes à échoir.

Ceux qui n'ont vu dans la créance du propriétaire qu'un droit conditionnel, ont dit à l'appui de leur opinion qu'il est était dans la nature du contrat du bail de ne contenir que des obligations successives, naissant au fur et à mesure de la jouissance fournie au locataire, sans existence lors du jugement déclaratif de faillite.

Ce contrat repose en effet, dit-on, sur la prestation quotidienne qu'une personne prend l'engagement de fournir à une autre d'une chose déterminée ; et les obligations du preneur sont subordonnées à la jouissance effective de cette chose. Cela est tellement vrai que si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; et que si elle n'est détruite qu'en partie, le locataire peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail.

On ajoute que si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qu'on ne puisse les différer jusqu'à la fin du bail, lorsque ces réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement

Digitized by Google

du preneur et de sa famille, le locataire peut faire résilier le bail.

L'autre système attache aux seuls consentements des parties la perfection de ce contrat, et ne voit dans ce qui se produit ultérieurement que des faits d'exécution.

Chacune des obligations a sa cause et son objet, dit-on, au moment où elle est contractée. D'une part, l'obligation du bailleur a pour objet la prestation de la jouissance d'une chose pendant un certain temps, et pour cause l'obligation que prend le locataire de payer le loyer pendant le même temps; d'autre part, l'obligation du preneur a pour objet le payement du loyer, et pour cause l'obligation que prend le bailleur de lui fournir et de lui assurer la jouissance de la chose louée. La cause de l'obligation de l'une des parties se trouve ainsi dans l'obligation que l'autre prend envers elle. Mais les deux causes naissent, les deux obligations se forment en même temps et par la seule puissance du consentement réciproque des contractants.

Le louage n'engendre pas seulement, en effet, une obligation à la charge du bailleur, une action au profit du preneur. Les parties qui y concourent deviennent immédiatement, par l'effet du contrat, créancières et débitrices l'une de l'autre.

Dans un troisième système on soutient que la créance du bailleur et l'obligation du preneur ne sont ni conditionnelles ni à terme; elles ont un caractère particulier, qui ne permet de les faire entrer dans aucune des deux classes.

La créance de l'un et l'obligation de l'autre ne peuvent être rangées parmi les créances et les obligations conditionnelles, parce qu'on ne peut considérer comme telles que celles qui dépendent d'un événement futur et incertain (art. 1168 du Code Napoléon), et non celles qui ont été conçues et arrêtées en vue d'un but certain, qu'on doit normalement espérer atteindre au temps fixé.

Pour que l'obligation du locataire envers le bailleur fût une obligation à terme par elle-même, il faudrait que ce locataire fût engagé à tout ce qui est l'objet du contrat dès la convention de louage, de façon que la dette de loyers commençât à courir pour le tout aussitôt que commencerait l'exécution du contrat. Si, au contraire, la convention du louage, tout en obligeant le bailleur et le preneur, n'a pas pour effet de

Digitized by Google

faire naître actuellement toute la dette de loyer, on ne peut appeler l'obligation du locataire une obligation à terme.

On n'a pas assez fait attention, dans le système de l'obligation à terme, qu'on raisonne comme si l'obligation du bailleur était de même sorte que celle du vendeur, qui, en délivrant la chose vendue, accomplit toute son obligation.

On dit, il est vrai, que le bailleur a exécuté son obligation autant que la nature du contrat le permet, en mettant le locataire à même d'entrer en jouissance ; qne c'est maintenant à celui-ci à exécuter la sienne; qu'il doit tous les loyers à terme ; que si un événement quelconque le fait déchoir du bénéfice des termes, il ne lui reste plus qu'à payer.

Mais il est dans la nature du louage que l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix, que l'autre partie s'oblige de payer.

Le louage a pour objet une prestation mutuelle. Toutefois, le loyer est payé, non en vue de la chose, mais de son usage.

Or, en faisant payer le locataire avant que le bailleur ne lui procure la jouissance promise, ou seulement en déclarant son obligation née pour le tout, on intervertit l'ordre des obligations; l'effet précède la cause; l'objet du contrat du louage n'est plus la jouissance d'une chose moyennant un prix, c'est le payement d'un prix moyennant une jouissance éventuelle et même incertaine.

Ne pouvant exécuter instantanément son obligation qui est successive, on doit s'étonner que le bailleur prétende à l'existence actuelle de toute l'obligation du locataire.

Ces trois systèmes sont, à notre connaissance, les seuls qui aient partagé la doctrine.

§ 2.

Après ce rapide aperçu de la doctrine, nous arrivons à la jurisprudence.

La première décision qui a arrêté notre attention est un arrêt de la Cour impériale de Paris, en date du 12 décembre 1861, rendu dans une affaire Jarsain contre Delavarde, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de la Seine.

Digitized by Google

Le sieur Delavarde, locataire du sieur Jarsain, fut déclaré en état de faillite.

On était en voie d'arriver à un concordat, lorsque le sieur Jarsain, élevant la prétention que tous les termes à échoir du bail qu'il avait consenti à Delavarde avaient été rendus exigibles par le jugement déclaratif de faillite, demanda le payement ou la *consignation* de la somme de 58,896 francs, alors que le prix du loyer était annuellement de 2,800, et qu'en fait, tous les termes échus, conformément aux conventions, avaient été exactement et régulièrement payés. D'autre part, loin que la situation eût été amoindrie pour le propriétaire, elle avait été, au contraire, notablement améliorée, soit par des constructions très-importantes, soit par des sous-locations de partie des lieux, que Delavarde avait consenties, et qui lui procuraient même un boni de plus de 3,000 francs sur son propre prix de location.

Les considérations d'équité parurent, aux juges du premier degré, suffisantes pour faire repousser la demande exhorbitante de Jarsain.

La question, la seule sur laquelle la Cour avait à s'expliquer, était celle de savoir si l'exigibilité, que consacrent les articles 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce, s'étendait et devait profiter à la créance résultant du contrat de bail; et non de rechercher, comme elle l'a fait, si l'événement de la faillite suffirait pour entraîner de plein droit la résiliation du bail, à défaut de payement ou consignation des loyers à échoir.

Cette question n'était qu'accessoire; car il est évident que, si la créance pour loyers à échoir était rendue exigible par l'événement du jugement déclaratif de faillite, le défaut de satisfaction à la mise en demeure de payement de cette créance qu'aurait faite le propriétaire, lui aurait ouvert le droit, d'après les principes les plus incontestables, de demander la résiliation du contrat de bail. L'engagement à terme aurait été transformé, en effet, en un engagement pur et simple, et l'on sait que l'action résolutoire est ouverte au profit de celle des parties à laquelle un engagement profite, contre celle qui ne l'exécute pas (art. 1184 C. Nap.).

Jarsain se pourvut en cassation.

Arrêt du 28 mars 1865, qui casse celui de la Cour de Paris, et renvoie la cause devant celle d'Orléans.

Digitized by Google

La Cour suprême reconnaît que, d'après l'article 1188 du Code Napoléon, le débiteur ne peut plus réclamer, en cas de faillite, le bénéfice du terme; que l'article 444 du Code de commerce, dispose que le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues; qu'il résulte de ces textes que le bailleur a droit d'exiger, de son locataire failli, tous les loyers échus et à échoir; que c'est ce que décide expressément l'article 2102, n° 1, du Code Napoléon, qui n'est que le corollaire des articles 1188 et 444 précités; que si le propriétaire bailleur n'est pas payé de ces loyers, il a le droit de se prévaloir du privilége constitué par l'article 2102 ou de demander la résiliation du contrat, conformément à l'article 1184 du Code Napoléon.

La Cour d'Orléans a statué à son tour, par un arrêt du 5 août 1865, qui ordonne que, dans le délai de trois mois, Delavarde sera tenu de déposer à la caisse des dépôts et consignations la somme de 58,896 francs pour loyers à échoir, contributions, assurances et accessoires, et faute par lui de le faire dans ledit délai, déclare le bail résilié.

On est porté à penser, à en juger par les termes de l'arrêt, que, devant cette Cour, la discussion de droit a été concentrée sur le point unique de savoir si la créance du propriétaire ne résidait pas dans une obligation subordonnée à une condition suspensive, à savoir la jouissance future et incertaine de la chose louée.

C'est le seul système qu'on voit qu'elle ait apprécié; et elle l'a repoussé par application de l'article 1181 du Code Napoléon.

A cet arrêt se rattache un bien douloureux souvenir.

Delavarde, après avoir entendu l'arrêt, quitta Orléans pour rentrer à Paris. Désespéré, il se tua d'un coup de pistolet, en laissant une lettre à l'adresse de M. le procureur impérial, où il expliquait qu'ayant tout sacrifié pour payer ses dettes, ne devant plus rien à personne, et se voyant dépouillé de tout ce qui lui restait au profit de son propriétaire, à qui il ne devait pas un centime de loyer échu, il avait hésité entre l'assassinat et le suicide, mais qu'il avait préféré s'arrêter à ce dernier parti, afin d'épargner à sa femme et à sa fille la honte de le voir mourir assassin.

Par le concordat qu'il avait obtenu, dans l'intervalle du juge-

Digitized by Google

ment à l'arrêt de la Cour impériale de Paris, Delavarde s'était engagé à payer à ses créanciers 40 p. 100 en six ans, et il était entièrement libéré au moment où la Cour d'Orléans rendit le sien.

Le système que la Cour de cassation a adopté a été plus loin en faveur des propriétaires bailleurs qu'ils n'avaient eux-mêmes osé l'espérer.

A l'origine, en effet, c'était moins par des remboursements effectifs que par des demandes en supplément de garanties qu'ils cherchaient à embarrasser leurs locataires en état de faillite, tant ils sentaient que le payement de tous les loyers à échoir était une réclamation exorbitante.

Cette jurisprudence a dû les surprendre puisqu'elle dépasse leurs espérances. Il est impossible que la majorité des commerçants ne l'aient pas accueillie avec tristesse ; car nul d'eux ne peut être certain de ne pas se trouver, à un moment donné, en cessation de payements, et, par suite, condamné à *subir un jugement déclaratif* de faillite; ils ont dû voir assurément en perspective dans le droit reconnu aux propriétaires-bailleurs des entraves certaines à la conclusion des concordats.

Cette perturbation, qu'ont aussitôt prévue les hommes pratiques, n'a pas tardé à se manifester par des faits saisissants.

§ 3.

La doctrine qu'a consacrée la Cour de cassation a entraîné dans le monde commercial les conséquences les plus regrettables; et, pour le prouver, nous nous bornons à faire quelques emprunts à un mémoire, joint à une pétition qui a été adressée au Sénat sur les difficultés que faisait naître cette jurisprudence.

Faillite Lamy. — Bail authentique d'un terrain, rue de Lafayette. — Constructions élevées par le locataire de 35,000 fr.

Le propriétaire a réclamé et obtenu son admission par privilége pour 64,893 fr. 82 montant de loyers à échoir.

Le dividende a été de 3 fr. 61 p. 100 sur un passif de 235,352 fr.

Faillite Ferrero et Bizot. — Le syndic met en vente l'établissement du café du Pont-de-Fer, qui constitue le seul actif de la faillite.

Digitized by Google

Au moment de procéder à l'adjudication, le propriétaire adresse au syndic une sommation dans laquelle il réclame une somme de 122,062 fr. 60 pour six ans et six mois de bail restant à courir.

Cette prétention a naturellement mis en fuite tous les acquéreurs qui se trouvaient réunis en assez grand nombre chez le notaire.

Faillite du *Factage parisien.* — L'actif se composait d'un matériel important garnissant l'établissement principal, du matériel des quatre-vingts stations et d'un solde restant dû sur un certain nombre d'actions non libérées.

La réalisation de l'actif mobilier a produit, après payement des frais, 153,177 fr. 53.

La location de l'établissement principal était faite par bail notarié, en date du 15 avril 1863, pour une durée de trente années, à raison de 55,000 fr. par an, plus l'impôt foncier environ 5,000 fr.

Le propriétaire, invoquant les dispositions de l'article 444 du Code du commerce et celles de l'article 2102 du Code Napoléon, a formé devant le tribunal civil une demande en payement immédiat de tous les loyers à échoir, soit 1,500,000 fr.

En présence de la jurisprudence actuelle, le syndic, pour sauver quelques parcelles de l'actif, a pensé qu'une transaction était préférable, et une résiliation a été faite, moyennant l'abandon immédiat de tout l'actif garnissant les lieux, contre la renonciation du propriétaire aux loyers à échoir.

L'actif réalisé était de.	153,177 fr.	53
Il était dû pour loyers échus.	60,060	00
L'abandon a été de.	93,177 fr.	53

S'il eût existé un actif de 1,500,000 fr., le propriétaire pouvait l'absorber entièrement et se constituer à raison de 5 p. 100 par an un revenu de 75,000 fr., soit 20,000 fr. au delà de son loyer.

Ainsi, dans une faillite ruineuse pour tous les autres créanciers, le propriétaire était en droit de bénéficier, à l'expiration de son bail primitif, d'une somme de 1,578,402 fr. 65 comprenant, avec l'intérêt capitalisé, les 20,000 fr. d'excé-

Digitized by Google

dant et le capital versé des loyers à échoir qui restait désormais sa propriété.

Telles sont les conséquences de la jurisprudence qui a prévalu.

CHAPITRE II.

§ 1er.

Aussitôt qu'un commerçant est déclaré en faillite, cet état donne naissance à un être moral, qui est distinct de la personne du commerçant et de celles de ses créanciers.

Par des raisons diverses, dont la principale a été, en concentrant les intérêts, de prévenir les frais qui seraient la conséquence de poursuites individuelles, cet être moral, devient, en la personne du syndic, le mandataire autant des créanciers du commerçant en état de faillite que de ce commerçant lui-même.

Mais tous les créanciers sont-ils englobés dans la faillite, effacés désormais et absorbés par cet être moral, ou au contraire, y en a-t-il qui *conservent* une existence propre ?

La réponse à cette question se trouve, ce nous semble, dans l'article 508 du Code de commerce, où l'on voit que les créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis de gage, ne peuvent avoir voix délibérative au concordat, et que leurs créances n'y sont comptées que s'ils renoncent à leurs hypothèques, gages ou priviléges.

De cette observation découleront des conséquences importantes.

Et d'abord, doit-on supposer qu'un créancier privilégié, hypothécaire ou nanti d'un gage a accordé terme à son débiteur en considération de la confiance en sa personne, ou qu'il n'y a été déterminé qu'en raison et à cause des garanties qui lui profitaient?

Il est évident que les garanties réelles l'y ont seules déterminé.

C'est dans cet esprit que doit aussi être entendu, selon nous, la disposition de l'article 1188 du Code Napoléon, où l'on voit que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué *les sûretés* qu'il avait

Digitized by Google

données à son créancier. Tant qu'il n'a pas diminué les sûretés, le débiteur doit être maintenu dans les termes du contrat, parce qu'on est naturellement porté à supposer que le délai n'est que la réciproque des garanties.

Mais, répondra-t-on, vous êtes en contradiction formelle avec cet article 1188, que vous citez, ainsi qu'avec les articles 124 du Code de procédure civile et 444 du Code de commerce.

Ce dernier article dispose en effet : « Le *jugement* déclaratif « de faillite *rend* exigibles, à l'égard du failli, les dettes pas- « sives non échues. »

La faillite, comme on le sait, n'est que la conséquence de la cessation de payements. C'est cette cessation qui la produit et y donne ouverture dès qu'elle se révèle.

Or la cessation de payements peut se manifester à l'égard d'un commerçant qui est en parfaite situation de largement faire face à ses engagements, mais que, cependant, un concours de circonstances des plus imprévues auront paralysé dans son commerce, et dans l'impossibilité la plus absolue de faire honneur à sa signature.

Faut-il donc ajouter aux tortures qui naîtront pour lui de cette situation, des rigueurs que rien ne peut justifier?

Faut-il lui faire perdre, *dès l'apparition du premier document qui révélera officiellement la faillite*, le bénéfice des termes qu'il aurait stipulés avec des créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis d'un gage?

On ne peut l'admettre sans se placer, selon nous, en contradiction avec l'article 444.

Cet article proclame bien que « le *jugement* déclaratif de « faillite *rend* exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives « non échues. » Mais cette disposition s'étend-elle à toutes les créances sans exception; ou, au contraire, n'a-t-elle en vue que celles qui sont appelées à tomber dans la faillite?

La déchéance du bénéfice du terme doit être rigoureusement restreinte aux cas formellement prévus par les textes; et l'on sait que dans les termes comme dans l'esprit de la loi, elle ne doit être que la conséquence d'une diminution des sûretés sur lesquelles le créancier avait droit de compter.

Si donc l'état de faillite laisse sans atteinte les sûretés qu'un commerçant a données à la garantie d'une dette, et si, d'un autre côté, le créancier en conserve les avantages, nous

Digitized by Google

cherchons la justification de la déchéance du bénéfice du terme, sans réussir à la trouver.

En s'inspirant des termes comme de l'esprit de la loi, il est difficile de ne pas reconnaître que l'exigibilité que *produit* le *jugement* déclaratif de faillite n'a trait qu'aux engagements ordinaires, qu'à ceux dont l'exécution n'est garantie par aucun privilége, hypothèque ou gage, et où l'on s'en est remis à la foi du débiteur.

Il ne peut s'agir que des créances chirographaires, et de celles seulement à l'égard desquelles le même jugement a encore l'effet, aux termes de l'article 445 du Code comm., d'arrêter le cours des intérêts, à la différence des créances auxquelles sont attachées des garanties réelles, dont les intérêts, qui continuent à courir, « pourront être réclamés sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement. »

L'article 1188 ne nous paraît nullement s'opposer à une semblable restriction. Cette disposition contient le principe de la déchéance qui découle de la faillite.

Une autre disposition, en réglant l'application de cet article, doit en faire connaître l'étendue.

C'est dans l'article 444 du Code de commerce que nous trouvons le développement de la règle.

Or, remarquons-le, dans cet article, on ne rattache pas précisément l'exigibilité à l'état dans lequel se trouve le commerçant, mais on y lit seulement : « Le *jugement* déclaratif de « faillite *rend* exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives « non échues. »

Ainsi, c'est le *jugement* déclaratif de faillite qui a la *vertu* de les rendres exigibles.

N'est-on pas autorisé, dès lors, à n'étendre la portée de l'exigibilité que ce *jugement engendre* qu'aux seules créances qui sont appelées à entrer dans la masse de la faillite.

Pris en lui-même l'article 1188 ne contient absolument rien qui empêche cette distinction.

On doit reconnaître, au contraire, que les rédacteurs de cet article, en parlant du cas de faillite, n'ont pu avoir en vue que les créances qui sont appelées à constituer la masse, et qu'ils ont abandonné les autres créances (les créances hypothécaires ou privilégiées), qui restent en dehors de la fail-

Digitized by Google

lite, à la règle ordinaire de la déchéance par diminution des sûretés données par le contrat.

§ 2.

Il faut, selon nous, distinguer deux périodes : 1° la phase de la faillite qui s'étend entre le jour de sa déclaration et celui où les créanciers sont appelés à délibérer sur la formation d'un concordat ; 2° celle qui se produit postérieurement si le concordat n'a pas lieu.

On ne peut méconnaître, tout d'abord, que la faillite n'étant que la conséquence immédiate de la cessation de payements, elle peut atteindre un commerçant qui serait en situation de faire face à ses engagements, puisqu'en effet, pour y donner lieu, il peut suffire d'une panique ou du non-recouvrement de quelques créances, qu'on était autorisé à considérer comme certain, ou même encore de la survenance inopinée de la faillite d'un autre commerçant, dont on recevrait le contre-coup inattendu.

Nos deux phases se trouvent caractérisées, la première, par les dispositions de l'article 486, et la seconde, par celles de l'article 534.

Contrairement à ce qui se passe dans la seconde où le débiteur est complétement effacé par la personnalité du syndic, sous la surveillance du juge-commissaire, dans la première, rien d'important ne peut être fait, sans que le failli n'ait été entendu ou mis en demeure de l'être. S'il y est question de ventes, il s'agit de celles qui rentrent dans l'administration, puisqu'elles sont restreintes à des effets mobiliers ou marchandises, et qu'elles sont purement facultatives ; tandis que, dans la seconde période, elles s'étendent indistinctement à tout l'actif.

On peut dire que dans la seconde phase l'état des choses est complétement transformé, puisqu'en réalité les créanciers ne sont plus qu'en présence d'un véritable être moral, derrière lequel leur débiteur a disparu.

On ne peut rien induire contre notre opinion de l'art. 124 C. pr. civ. d'après lequel le débiteur ne peut obtenir un délai ni jouir du délai qui lui aurait été accordé, s'il est en état de

Digitized by Google

faillite; car nous ne contestons pas que la faillite n'entraîne, à l'égard de certaines créances, la déchéance du bénéfice du terme.

Généralement les priviléges, les hypothèques et les nantissements ne résultent que de titres authentiques, et les créances auxquelles ils sont attachés ne donnent, dès lors, normalement lieu qu'à des actes d'exécution.

Au reste l'exigibilité produite par le jugement de faillite n'est pas définitive puisqu'elle peut être détruite par les clauses du concordat qu'arrêtera la majorité, tandis que le concordat n'aura aucun effet sur les créances munies de sûretés réelles. Cette observation confirme la distinction que nous avons faite entre les deux espèces de créances.

On ne peut douter, si l'on considère que les législateurs, quand ils rédigeaient l'art. 124, s'occupaient des *jugements*, que ces sortes de créances ne fussent loin de leur pensée. Les seules créances susceptibles d'action ont dû faire partie de leurs préoccupations.

D'ailleurs, tout doute à cet égard doit disparaître si l'on réfléchit que, pour connaître l'étendue du principe de déchéance du terme en matière de faillite, principe qui est écrit dans l'article 1188 du Code Napoléon, c'est en réalité à l'article 444 du Code de commerce qu'il faut se reporter. Cet article doit avoir d'autant plus de poids sur la solution de ce point, qu'il est le plus récent.

CHAPITRE III.

On arrive dans notre système, comme il est facile de s'en convaincre, à soustraire le locataire et ses créanciers à la volonté du propriétaire-bailleur. On enlève des mains de celui-ci l'épée de Damoclès, que la jurisprudence de la Cour de cassation lui permet de tenir suspendue sur leur tête, pour s'en servir au gré de ses intérêts, de ses caprices ou de ses passions.

On ne reconnaît d'effet au jugement déclaratif de faillite que sur les créances ordinaires. Quant aux créances auxquelles sont attachées des garanties, on les maintient jusqu'à l'épreuve du concordat, dans les conditions des actes ou contrats d'où ces créances résultent.

Digitized by Google

S'il n'y a pas de concordat, la réalité est substituée à une fiction, et les créances ordinaires, que le jugement de déclaration de faillite n'avaient rendues exigibles que d'une manière purement nominale, deviennent effectivement exigibles. A défaut de concordat, nous reconnaissons que même les créances garanties par des sûretés réelles deviennent exigibles. Mais il reste à savoir si cette exigibilité s'applique à tous les termes à échoir. Afin de déterminer la position du propriétaire-bailleur, nous devons donc rechercher, à notre tour, si le contrat de bail a des caractères spéciaux qui doivent le faire distinguer des autres contrats.

§ 1er.

On ne doit point hésiter à reconnaître, selon nous, que le contrat de bail acquiert toute sa perfection par le seul consentement des parties. Dans l'obligation par le bailleur de délivrer au preneur la chose louée, dans celle du preneur d'en jouir en bon père de famille, comme aussi dans les obligations encore à la charge du bailleur : 1° d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et 2° d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail, ainsi que dans celle du preneur de payer son prix aux termes convenus, on ne doit voir que des faits d'exécution, et sans influence sur la perfection de ce contrat.

On ne peut s'empêcher de reconnaître que les obligations se montrent dans le contrat du louage avec des caractères bien autres que dans les divers autres contrats.

Dans la plupart des contrats, le fait de l'exécution implique une idée d'unité et d'actualité sans lien avec un temps à venir.

Dans un contrat de bail l'exécution ne se conçoit, au contraire, qu'avec une idée de continuité, ce qui entraîne des chances de perte auxquelles les parties ont dû penser en contractant. C'est un contrat dont l'exécution est successive, au lieu d'être instantanée ; le preneur peut craindre que le bailleur ne le fasse pas jouir des locaux, et c'est pour cela que le locataire a le droit de retenir les loyers jusqu'à ce qu'il n'ait plus à redouter ce trouble. Il n'y a pas obligation sous condition suspensive, mais obligation actuelle dont l'accomplissement con-

Digitized by Google

siste dans une série de faits; seulement le locataire est dispensé de payer lorsqu'il est troublé dans sa jouissance, même sans la faute du bailleur, par la perte de la chose louée.

§ 2.

Après l'exposé de ces quelques principes que nous avons cru devoir mettre en relief, il nous reste à préciser la portée pratique que nous leur reconnaissons.

On doit attacher, sans nul doute, à l'état de faillite d'un locataire, lorsqu'il n'a pu obtenir de concordat de la masse de ses créanciers, la perte du bénéfice de quelques-unes des clauses qu'il avait arrêtées avec son bailleur. Mais cet événement peut-il avoir pour effet d'altérer le contrat, au point de soustraire ce dernier aux obligations qui sont à sa charge par l'essence même du bail.

Le bailleur est obligé en effet, « par la nature du contrat, et « sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, no- « tamment d'entretenir la chose louée en état de servir à l'u- « sage pour lequel elle a été louée, et d'en faire jouir paisible- « ment le preneur pendant la durée du bail. » (Art. 1719.)

Qui ne conçoit, en présence d'un pareil texte, que de l'exécution des obligations du bailleur naissent celles du preneur, et que, le jour où il croirait devoir s'y soustraire, et où l'on ne pourrait plus efficacement l'amener à leur exécution, on serait sans aucun droit pour exiger du preneur l'exécution de celles à sa charge.

L'exécution des obligations du preneur ne sont que la réciprocité de l'exécution de celles dont est tenu le bailleur.

Or les obligations de ce dernier durent autant que le bail.

Ouvrir au bailleur le droit de se faire payer des loyers à échoir, ne serait-ce pas préparer l'inexécution des obligations dont il est tenu? Ne serait-ce pas, par suite de l'état soit de déconfiture, soit de faillite où le bailleur pourrait lui-même tomber, exposer le preneur à l'impossibilité de le contraindre?

Il pourrait arriver ainsi qu'un locataire, à un moment donné, fût privé de la jouissance qu'on lui devrait, et condamné à perdre le prix qui en aurait été payé par anticipation; car on ne lui aurait pas ménagé la réciprocité d'un privilége pour les sommes dont son bailleur aurait reçu le payement anticipé.

Digitized by Google

On voit dans l'article 2102 que « les créances privilégiées « sur certains meubles sont : 1° les loyers sur le prix de tout « ce qui garnit la maison louée; savoir, pour tout ce qui est « échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont au- « thentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont date « certaine; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le « droit de relouer la maison pour le restant du bail, et de faire « leur profit des baux, à la charge de payer au propriétaire tout « ce qui lui serait dû. »

Cette disposition ne prévoit évidemment que l'hypothèse d'une réalisation en somme d'argent à la requête de l'un des créanciers du locataire, de ses effets mobiliers; et l'on conçoit qu'à propos de la distribution du produit de ce qui constituait son gage à un titre spécial, on ait ouvert au propriétaire bailleur, préalablement aux autres créanciers de son locataire, pour lui ménager le bénéfice du privilége attaché à sa créance, et lui en assurer tout l'effet possible, le droit à une collocation, non-seulement de ce qui était échu, mais aussi de ce qui était à échoir.

Ceci nous amène à faire un retour sur l'arrêt de la Cour de cassation dont nous avons parlé.

Dans son arrêt, la Cour indique cet article 2102 comme n'étant que le corollaire des articles 1188 et 444, et comme décidant *expressément* que le bailleur a le droit d'exiger de son locataire tous les loyers échus et à échoir.

Or c'est là, selon nous, une double erreur.

Qu'on prétende que cet article ouvre le droit au propriétaire bailleur de se faire garantir, sur le produit de ce qui était son gage, à un titre privilégié, même de la partie de sa créance pour loyers à échoir, rien de mieux. Mais c'est y ajouter que de lui faire dire qu'il *décide expressément* que le bailleur a le droit d'exiger de son locataire tous les loyers échus et à échoir.

Une pareille entente ne peut résulter de ces termes, et encore moins de son esprit, si l'on se reporte aux conséquences qui pourraient en découler.

On ne peut le considérer non plus comme un corollaire des articles 1188 et 444.

On sait, en effet, que ce n'est qu'après l'épreuve du concor-

Digitized by Google

dat, et s'il n'a pu aboutir, que les biens du commerçant failli sont vendus (art. 534 du Code de commerce).

Quels liens est-il donc possible d'établir entre les articles 1188 et 444, qui s'appliquent à notre première phase de la faillite, et l'article 2102, qui n'est appliquable que dans notre seconde phase? Ce n'est, en effet, qu'au cours de celle-ci que les biens doivent être vendus, et ce n'est qu'après et à propos de la distribution de leur produit que naissent les questions de rang entre les créanciers, et que l'application de la disposition de l'article 2102 peut être invoqué.

C'est là, selon nous, l'aspect vrai sous lequel doit être envisagée la créance d'un propriétaire-bailleur, autant à l'égard d'une personne civile en état de déconfiture qu'à l'égard d'un commerçant en état de faillite, et lorsqu'il n'a pu obtenir de concordat.

L'exigibilité qui s'attache à la créance du propriétaire-bailleur, par suite de l'état de faillite ou de déconfiture de son locataire, se trouve réduit dans son exercice, en raison de la nature propre au bail, qui contient en germe des éléments constants de juste sujet de crainte de trouble. La loi seulement lui assure le payement à mesure de la cessation de ce juste sujet de crainte de trouble, cessation qui est justifiée par la jouissance qu'on aurait eue des lieux, ou qu'on aurait été à même de pouvoir exercer.

Dès que ce droit lui est reconnu, le bailleur peut faire résulter de sa non-exécution celui de demander la résiliation du contrat de bail avec dommages-intérêts; et alors, il rentre en possession de sa chose avec une créance d'indemnité, ou il obtient forcément les garanties en question; car, si le bail est profitable au preneur, ce preneur et ses créanciers, poussés par un même intérêt, réuniront leurs efforts pour prévenir cette résiliation, et la condamnation à des dommages-intérêts, qui en serait inévitablement la conséquence.

En donnant sa chose à bail, le propriétaire n'a compté que sur le payement, dans les termes des conventions du prix de la jouissance de cette chose, qu'il avait abandonnée au preneur, ou, s'il n'est pas payé, de rentrer dans cette jouissance avec des dommages-intérêts.

Nous restituons, dans notre système, aux conventions

Digitized by Google

leur esprit, et nous ménageons en même temps au locataire et à ses créanciers les intérêts de la somme qu'ils auraient été obligés d'affecter à une consignation qu'auraient rendue nécessaire les exigences du propriétaire bailleur.

P.-S. — Nous avions terminé notre travail, lorsque nous avons appris que le Corps législatif était saisi d'un projet de loi ayant pour objet de modifier l'article 550 du Code de commerce, et qui devait avoir pour fin, dans la pensée de ses auteurs, de couper court aux conséquences de la jurisprudence qu'a consacré la cour de cassation par son arrêt du 18 août 1865.

Nous avons dû naturellement chercher à connaître l'économie de ce projet, et, après en avoir pris connaissance, voici quelques-unes des observations auxquelles il nous paraît donner lieu.

D'abord c'est à tort que, dans l'exposé des motifs, on considère l'article 550 du Code de commerce, comme contenant une modification de l'article 2102 du Code Napoléon.

L'article 550 ne contient point une modification de ce dernier article, mais seulement une application de la restriction que consacre la disposition finale du § 4, portant : « Il n'est rien innové aux *lois* et *usages* du commerce sur la revendication. »

Le commerce se constitue par l'exercice habituel et professionnel d'actes d'achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre ; ou même pour en louer simplement l'usage ; et par l'exercice aussi habituel d'autres actes qu'indiquent les articles 632 et 622 du Code de commerce.

Ainsi il est dans la nature du commerce, que les personnes qui l'exercent, soient en possession de choses qui tombent sous la dénomination d'effets mobiliers.

En l'absence de toute restriction, les tiers auraient agi en accordant témérairement leur confiance aux personnes commerçantes, en considération des marchandises dont ils les auraient vues en possession, puisque rien n'aurait pu les garantir qu'à un moment donné, ces marchandises ne fussent revendiquées par les vendeurs, créanciers des prix de vente. Et, alors, aussi, sur quoi aurait pu se fonder la confiance commerciale ?

Digitized by Google

Nous sommes donc en présence d'une innovation, qui est sans précédent, et la modification grave qu'elle apporte au privilége que consacre l'article 2102 du Code Napoléon, demande une attention particulière.

Le privilége n'est, en soi, qu'un accessoire d'une créance, mais un accessoire qu'on ne conçoit qu'avec des conditions d'égalité, et soustrait à toute *altération*.

Le projet de loi ne pèche-t-il pas à ce double aspect?

On restreint l'application de la modification qu'il introduit aux boutiques, magasins et autres locaux servant, soit à l'exercice du commerce et de l'industrie, soit au logement du failli *dans le même immeuble*.

Ainsi on aurait désormais à l'égard des personnes commerçantes à se préoccuper de deux sortes de privilége, celui résultant de l'article 2102 du Code Napoléon, pour un bail non industriel ou commercial, et celui résultant de l'article 550 du Code de commerce, pour un bail industriel ou commercial.

Cette distinction se présente à notre esprit pleine de difficultés pratiques.

Mais, d'abord, quelle raison y a-t-il d'accorder un privilége plus étendu à des propriétaires-bailleurs qu'à d'autres?

Pour nous, nous nous efforçons d'en chercher, et nous n'en trouvons pas.

La seule distinction des locaux de l'ordre commercial de ceux de l'ordre civil, ne pourrait donner lieu qu'à des appréciations de faits des plus délicates.

La qualité de commerçant, on le sait, ne dérive que de *l'exercice* habituel d'actes de commerce.

Mais on arrive d'ailleurs à des conséquences étranges.

Ainsi il n'est point rare que des commerçants placent dans quelques pièces de leur logement, séparé des boutiques, magasins et autres locaux servant à l'exercice de leur commerce ou industrie, des marchandises de leur commerce.

Le propriétaire-bailleur de ce logement, où ne sera fait aucun acte de commerce ou d'industrie, n'en aura pas moins un privilége dans les termes de l'article 2102, pour une créance que la loi nouvelle aurait pour effet de faire considérer comme certainement exigible dans son intégralité, privilége qu'il pourrait exercer sur une partie d'actif dont on aurait été loin de vouloir faire profiter sa créance.

Digitized by Google

On ne saurait méconnaître qu'un grand nombre de commerces et d'industries commerciales peuvent aisément être établis dans des locaux qu'on avait eu, en principe, l'intention de n'affecter qu'à un logement.

Au cours d'un bail, un preneur pourra transformer les locaux de l'ordre civil en locaux de l'ordre commercial, et, par l'effet de sa volonté, substituer au privilége de l'article 2102 celui de l'art. 550.

Si nous avions à opter entre le projet et la jurisprudence devant laquelle on a cru devoir s'incliner, nous n'hésiterions pas à lui préférer celle-ci, qui nous laisserait dans des difficultés connues, tandis que le projet nous mènerait à des difficultés nouvelles mais inévitables.

BROLLES.

DE LA RÉVISION DU CODE PÉNAL EN BELGIQUE,

Par M. Léopold Thézard,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

Des circonstances atténuantes.

29. Le système des circonstances atténuantes du nouveau Code belge présente la plus grande analogie avec celui qui a été établi en France par la loi de révision de 1832. On a seulement réservé la question de savoir à qui, en matière de crimes, il doit appartenir de déclarer l'existence des circonstances atténuantes : est-ce au jury, est-ce à la Cour ? La commission de la Chambre des représentants, à la majorité de six voix contre une[1], a été d'avis, sur le fond de la question, que la déclaration des circonstances atténuantes devait appartenir à la Cour. « La Cour est en effet chargée d'apprécier l'intensité de la peine que mérite le fait constaté par le jury ; elle a ainsi à tenir compte des circonstances qui ont accompagné l'infraction ; qu'il faille s'en occuper pour fixer la peine dans les limites du maximum et du minimum, ou pour la faire descendre au-des-

[1] V. tome XXXI, p. 156, 302 et 444.

Digitized by Google

sous du taux ordinaire, l'appréciation est une et ne paraît pas devoir être divisée... Il a été reconnu du reste que la proposition soulevait plutôt une question de compétence qu'une question de droit pénal proprement dit, qu'il fallait ainsi la réserver pour le Code d'instruction criminelle, ou plutôt pour une loi transitoire, qui devra être promulguée en même temps que le nouveau Code pénal. »

Les raisons données pour enlever au jury l'appréciation des circonstances atténuantes ne sembleront peut-être pas suffisantes à tout le monde. Le jury est en définitive le juge de tous les éléments matériels et moraux de l'accusation ; l'élément légal seul lui échappe. Or quelle appréciation plus intimement liée aux faits de la cause que celle des circonstances atténuantes ? La Cour, il est vrai, dans l'application de la peine, est appelée à tenir compte du fait, quand il lui faut se mouvoir entre un maximum et un minimum ; dans le système français sur les circonstances atténuantes, elle est même appelée à décider si elle abaissera la peine d'un degré ou de deux degrés. Mais parce que la Cour, juge du droit, se trouve forcément appelée à tenir compte du fait dans une certaine mesure, parce que ses attributions sortent de leur cercle naturel pour se rencontrer sur un terrain commun avec celles du jury, est-ce une raison pour la faire entrer encore plus avant dans le domaine du jury, pour enlever à celui-ci une appréciation dont il est le juge naturel ? Ne craint-on pas que le jury, quand il se déflera des intentions de la Cour, ne se tire d'affaire soit par une déclaration de non-culpabilité, soit par la négation des circonstances aggravantes les mieux établies ?

Ce qu'on paraît craindre en Belgique, ce qu'on regrette parfois en France, c'est l'abus des circonstances atténuantes accordées par le jury. Souvent il corrige les rigueurs de la loi en

[1] Rapport à la séance du 21 mai 1862, sur une proposition de M. Nothomb. — Le même représentant proposait de *conserver* (?) aux Cours, chambres des mises en accusation, la faculté de correctionnaliser, par une décision rendue à l'unanimité, certains faits qualifiés crimes. Cette proposition, qui, dans la pensée de son auteur, était un moyen de concéder *à priori* les circonstances atténuantes à certains faits, est le bouleversement des attributions des juridictions. La correctionnalisation *à priori* ne peut s'expliquer que par le besoin de corriger la loi pénale elle-même ; et la justifier ainsi, c'est faire la plus sanglante critique de la loi.

Digitized by Google

admettant une atténuation que les faits de la cause semblent repousser. Mais il faut dire que les auteurs de la révision de 1832 ont eux-mêmes encouragé cette manière de voir. Les auteurs de la révision belge l'ont au contraire repoussée à diverses reprises; toutes les fois que les peines du Code de 1810 leur ont paru devoir être abaissées, ils les ont abaissées; qu'on ne nous oppose pas, ont-ils dit, la possibilité de circonstances atténuantes : ou les juges les déclareront toujours, et alors cette déclaration deviendra de style, et la loi elle-même sera illusoire; ou ils ne les adopteront pas toujours, et alors il y aura des injustices.

Cette différence dans la manière d'envisager les circonstances atténuantes expliquerait jusqu'à un certain point la mesure qui enlèverait au jury le pouvoir d'accorder les circonstances atténuantes. Quand les circonstances atténuantes sont un moyen de corriger la loi, comme l'a cru le législateur de 1832, le jury usera de ce moyen avec moins de scrupule qu'un juge habitué au respect du texte; il remplira donc mieux l'objet des circonstances atténuantes. Si au contraire la loi, assez indulgente par elle-même, n'a pas besoin d'être corrigée, l'appréciation des circonstances atténuantes, prise uniquement dans les faits particuliers de la cause, sera bien faite par tout juge impartial. Mais il n'en reste pas moins vrai que c'est là une appréciation de fait, qui est du ressort naturel du jury plutôt que de la Cour; et le législateur a même d'autant moins de raison de lui témoigner de la défiance à cet égard, qu'il est plus persuadé de s'être montré, de son côté, indulgent et équitable.

30. Le système de circonstances atténuantes établi par la révision belge est à peu près, avons-nous dit, le système de 1832.

En matière de crimes, la règle est l'abaissement de la peine de deux degrés, ou d'un degré seulement, au choix de la Cour.

Ainsi, pour les crimes du droit commun, la peine de mort est remplacée par les travaux forcés à perpétuité ou les travaux forcés de seize à vingt ans, et ainsi de suite. Quand on descend aux deux derniers degrés de l'échelle, on arrive, avec les circonstances atténuantes, aux peines correctionnelles. Les travaux forcés de dix à quinze ans sont remplacés par la reclusion, ou par un emprisonnement qui ne sera pas au-dessous

Digitized by Google

de trois ans (en droit français deux ans); la peine de la reclusion, par un emprisonnement qui ne sera pas au-dessous de trois mois (en droit français un an) (art. 80). Pour ce dernier cas, la latitude accordée au juge peut sembler excessive; quelles que soient les circonstances atténuantes, un fait qualifié crime conserve toujours une gravité intrinsèque assez considérable.

Pour les crimes politiques, le système est le même; les différentes espèces de détention sont échelonnées de la même façon; et aux derniers degrés de l'échelle, la détention de onze à quinze ans est remplacée par la détention de cinq à dix ans ou par un emprisonnement qui ne sera pas au-dessous de deux ans; la détention de cinq à dix ans, par un emprisonnement qui ne sera pas au-dessous de deux mois (art. 81).

En matière correctionnelle, les auteurs de la révision se sont tenus dans les termes adoptés par la loi du 28 avril 1832. « S'il existe des circonstances atténuantes, les peines d'emprisonnement et d'amende peuvent respectivement être réduites au-dessous de huit jours et au-dessous de 26 francs, sans qu'elles puissent être inférieures aux peines de police. — Les juges peuvent aussi appliquer séparément l'une ou l'autre de ces peines. — Si l'emprisonnement est porté seul, les juges peuvent y substituer une amende qui n'excédera pas 500 fr. — Si l'interdiction des droits énumérés en l'article 31 et la surveillance spéciale de la police sont ordonnés ou autorisés, les juges peuvent prononcer ces peines pour un terme d'un an à cinq ans, ou les remettre entièrement. » (Art. 85.)

On n'a pas jugé nécessaire de mettre des limites à l'indulgence des juges, comme l'a fait en France la loi de révision du 13 mai 1863, aux termes de laquelle, si le minimum de l'emprisonnement est d'un an, et celui de l'amende de 500 fr., les circonstances atténuantes ne permettent de descendre qu'à six jours d'emprisonnement et 16 francs d'amende. — L'indulgence des tribunaux correctionnels, dont s'est défié le législateur français, n'avait cependant pas produit des abus bien criants; elle s'était exercée dans des circonstances où elle se justifiait d'elle-même, par exemple à propos de ces vols d'une importance minime, commis sous l'influence d'un besoin pressant, que la justice ne peut absoudre tout à fait, mais pour lesquels les peines de simple police sont une répression suffisante; en somme, dans tous les cas où les juges descendaient aux peines de simple

Digitized by Google

police, on peut dire qu'un recours en grâce a des chances presque certaines de succès : autant valait alors ne pas changer la loi.

Il y a aussi dans la législation française d'autres hypothèses où le droit de grâce est bien souvent un correctif presque nécessaire de la sévérité imposée au juge par l'impossibité d'atténuer la peine. Quand il s'agit de délits punis par des lois spéciales, et particulièrement de ces délits punis de peines correctionnelles, mais qualifiés de *contraventions* parce que l'intention coupable n'en est pas un élément nécessaire, les circonstances atténuantes ne peuvent être accordées, si un texte formel de la loi spéciale n'en autorise l'admission. — Ce résultat est d'autant plus rigoureux qu'il s'agit de peines relativement graves, réservées d'ordinaire aux délits intentionnels ; elles peuvent être atténuées quand on a affaire à un de ces délits intentionnels ; elles ne peuvent plus l'être, à l'occasion d'une simple négligence, d'un fait involontaire. De semblables conséquences ne peuvent s'expliquer que par des raisons d'utilité ; il est difficile de les admettre au point de vue de la justice absolue [1]. Aussi, la loi belge a-t-elle généralisé l'application des circonstances atténuantes : aux termes de l'article 100, « à défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les articles des chapitres 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 et 10 du Livre Ier (les circonstances atténuantes sont l'objet du chapitre 9), seront appliqués aux infractions prévues par ces lois et règlements. »

De l'extinction des peines.

31. Le dixième et dernier chapitre du Livre Ier du Code pénal Belge a été ajouté neuf ans après l'adoption des premiers chapitres. On a cru qu'il fallait insérer dans le Code pénal, et rapprocher des dispositions générales sur les peines et sur leur mode d'exécution, les règles relatives à leur extinction au lieu de les laisser dans le Code d'instruction criminelle.

[1] Une des meilleures dispositions du projet de loi sur la presse, qui doit être soumis au Corps législatif dans la session supplémentaire de novembre, est celle qui déclare l'article 463 du Code pénal applicable aux crimes, délits *et contraventions* prévus par ce projet.

Digitized by Google

Nous trouvons donc traitée dans ce dernier chapitre l'extinction des peines : 1° par la mort du condamné; — 2° par la grâce ; — 3° par la prescription de la condamnation. — Quant à la prescription de l'action, elle a été laissée dans le Code d'instruction criminelle.

32. *Mort du condamné.* — La mort éteint les peines corporelles et privatives de droits : c'est une nécessité de fait autant qu'un principe de justice. Mais que décider pour l'amende et la confiscation spéciale ? La doctrine certainement admise, quoique non exprimée, par les rédacteurs du Code de 1810, et passée dans la pratique française, c'est que ces deux peines, une fois que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée contre le condamné, sont exécutoires contre ses héritiers ; par le fait du jugement, l'État est devenu propriétaire des objets confisqués, il est devenu créancier de l'amende ; le patrimoine du condamné est dès lors diminué de l'objet confisqué et grevé du payement de l'amende, et il passe en cet état aux héritiers du condamné ; il s'est en effet opéré une sorte de novation : ce n'est plus une peine que *la société* réclame ; c'est un droit de propriété ou de créance que *l'Etat* poursuit. — En soi, cette doctrine est fort admissible ; on ne peut être forcé à s'en remettre au plus ou moins de célérité dans les poursuites, au plus ou moins de bonne volonté du condamné, pour savoir si les héritiers supporteront la charge imposée au patrimoine de leur auteur.

Néanmoins, le législateur belge, dans un intérêt d'humanité, a restreint le droit de poursuivre contre les héritiers les amendes prononcées contre leur auteur. « L'amende est en quelque sorte une *dette* contractée envers la société, est-il dit dans un rapport au Sénat[1]... Toutefois, cette dette étant d'une nature spéciale, et n'étant imposée au condamné que pour le punir, il paraît plus conforme aux principes, puisqu'il ne peut plus s'agir de punir, de ne pas obliger les héritiers à payer l'amende encourue par leur auteur. » — Aussi, après la mort du condamné, l'État ne peut-il poursuivre que le recouvrement des amendes purement fiscales (art. 86) : ces amendes fiscales, relatives aux matières de douanes, de contributions indirectes, d'enregistrement, ont le caractère d'une réparation

[1] Séance du 20 décembre 1862.

Digitized by Google

en même temps que d'une peine, et on ne pouvait se dispenser d'en autoriser la poursuite contre les héritiers [1].

Quant à la confiscation spéciale, on a maintenu pour l'État la faculté de se mettre en possession, même après la mort du condamné, des objets dont la confiscation a été ordonnée et non effectuée (art. 86). La commission du Sénat avait proposé de restreindre le droit de l'État au cas où il s'agirait d'objets nuisibles ou dangereux, ou d'objets produits par l'infraction. Mais cette limitation n'a pas été admise; et le principe est resté ce qu'il est en droit français.

33. *Grâce; suppression de la réhabilitation.* — Le droit de grâce, malgré les critiques dont il a été l'objet, en particulier de la part de Bentham, a été admis par toutes les constitutions de l'Europe; celle de la Belgique ne fait pas exception. L'article 73 de la Constitution belge permet au roi « *de remettre ou de réduire les peines prononcées par les juges.* »

Le droit de grâce s'étend-il même aux incapacités qui résultent des condamnations pénales, ou ne peut-il s'appliquer qu'aux peines corporelles et pécuniaires? Cette question donne lieu, pour le droit français, à une controverse très-sérieuse. En Belgique, l'article 73 de la Constitution levait déjà une partie de la difficulté : toutes les incapacités prononcées par les juges, le roi pouvait en faire remise, dès lors que c'étaient des peines. Mais quant aux incapacités résultant de la loi, cette prérogative ne pouvait lui être attribuée que par une loi spéciale (art. 78 de la Constitution). C'est ce qui a été fait par le Code pénal : « Le roi peut faire cesser les incapacités prononcées par les juges ou attachées par la loi à certaines condamnations » (art. 87).

Nous ne trouvons plus en Belgique deux institutions qui, chez nous, impliquent, aux yeux de nombreux auteurs, l'impossibilité pour la grâce d'effacer les incapacités légales : ces institutions, ce sont l'amnistie et la réhabilitation.

Chez nous, l'amnistie est une mesure collective, s'appliquant à toute une catégorie d'infractions, jugées ou non jugées, et

[1] Le caractère spécial des amendes fiscales ressort à plusieurs autres points de vue dans la jurisprudence française : elles ne sont prononcées qu'une fois, bien qu'il y ait plusieurs contrevenants; elles donnent lieu à la responsabilité civile; elles échappent au principe du non-cumul des peines.

Digitized by Google

qui vient en effacer le souvenir et en éteindre toutes les conséquences quelconques; ce caractère nécessairement collectif de l'amnistie est une garantie contre les dispositions arbitraires du gouvernement; il suffirait à expliquer pourquoi les pouvoirs du souverain sont plus étendus dans l'amnistie que dans la grâce; aussi avons-nous peine à comprendre qu'un auteur éminent[1] ait tiré argument de la coexistence du droit d'amnistie et du droit de grâce[2] aux mains du souverain, pour attribuer à ce dernier la même étendue qu'au premier : la coexistence même des deux droits implique au contraire qu'ils sont distincts. C'est ce qu'a compris le législateur belge : donnant à la grâce les effets les plus étendus, il n'a pas besoin de l'amnistie, qui ne serait plus qu'une grâce collective.

La réhabilitation est également supprimée. La réhabilitation a en effet pour but d'effacer les incapacités; elle exige, de la part du condamné, l'accomplissement de conditions assez rigoureuses, et de plus, une décision favorable du pouvoir discrétionnaire du souverain. Si la grâce suffit à effacer les incapacités, la réhabilitation fait double emploi; et il est assez ridicule d'imposer des conditions, si celui dont dépend la restitution des droits du condamné, peut la refuser malgré l'accomplissement de ces conditions, et l'accorder malgré leur inaccomplissement. La commission de la chambre des représentants de Belgique, tout en concluant en définitive à la suppression de la réhabilitation, a cependant essayé de justifier la coexistence de la réhabilitation et de la grâce sans conditions pour effacer les incapacités. « Celui qui a rempli les conditions imposées pour la réhabilitation la réclame en quelque sorte comme un droit, et le souverain agit comme juge lorsqu'il l'accorde ou la refuse, d'après les circonstances. Au contraire, la grâce est toujours une pure faveur du pouvoir discrétionnaire et gracieux. » — Cette explication ne nous satisfait pas. Du moment que le souverain peut refuser la réhabilitation par des moyens qui ne sont pas légalement et limitativement déterminés, c'est là un acte du pouvoir discrétionnaire aussi bien que la grâce. Sans doute, ce pouvoir discrétionnaire n'est

[1] M. Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal.*

[2] Sénatus-consulte du 25-30 décembre 1852, art. 1. « L'Empereur a le droit de faire grâce et d'accorder des amnisties. »

Digitized by Google

pas pour cela complétement arbitraire; il se détermine d'après des motifs sérieux; mais n'en doit-il pas être de même de la grâce proprement dite? La grâce ne doit-elle pas être en somme un acte de justice? N'est-ce pas la seule façon dont elle puisse se justifier contre les attaques dont elle a été l'objet? Autrement, nous revenons aux caprices du despotisme de l'Orient ou du moyen âge [1].

En définitive, la réhabilitation a justement paru aux chambres belges une superfluité, en présence de l'étendue que la loi a donnée au droit de grâce. La grâce efface les incapacités; mais il faut à cet effet une disposition expresse de l'arrêté royal. Quant à la surveillance de la police et à l'interdiction légale, elles font l'objet des dispositions suivantes : « Tout condamné à mort, aux travaux forcés ou à la détention à perpétuité, qui obtiendra commutation ou remise de sa peine, sera, s'il n'est autrement disposé par l'arrêté royal de grâce, de plein droit sous la surveillance spéciale de la police pour un terme de vingt ans. Seront en état d'interdiction légale, pendant la durée de leur peine, les condamnés dont la peine aura été commuée en une autre peine emportant cette interdiction aux termes de l'article 21. — L'interdiction légale cessera lorsque le condamné aura obtenu remise de sa peine ou commutation de celle-ci en une autre peine qui n'emporte point cette interdiction » (art. 88-90).

34. *Prescription de la peine.* — « La prescription des peines, comme la prescription des poursuites, dit l'exposé des motifs, repose sur le principe qui sert de base au droit de punir exercé par la société. Pour être juste, la peine sociale doit être *nécessaire* au maintien de l'ordre public, et *utile* par les effets qu'elle produit. Ces deux conditions ne se rencontrent point dans les pénalités appliquées après un certain laps de temps. En effet, la société n'a plus d'intérêt à réprimer les infractions dont le souvenir s'est effacé. Ensuite, loin de produire sur les esprits l'effet salutaire de l'intimidation par l'exemple, et

[1] Il y a quelques années, en Espagne, pour je ne sais quel anniversaire, on remettait à la reine les dossiers criminels de quatre condamnés; celui dont elle touchait le dossier obtenait sa grâce. Voilà la vraie grâce arbitraire, le vrai pouvoir absolu : une loterie. La reine Isabelle a supprimé cet usage; aujourd'hui on lui présente quatre dossiers, étudiés d'avance par les ministres, et elle les touche tous les quatre.

Digitized by Google

de faire naître cette satisfaction morale qu'éprouve la conscience publique, toutes les fois que le châtiment retombe avec mesure sur le coupable, l'exécution tardive de la peine provoquerait des sentiments tout opposés.

« Pour justifier la prescription des peines, on fait valoir des considérations d'un ordre différent. Le coupable, dit-on, a été suffisamment puni par les remords qui l'ont agité et par les angoisses qui ont tourmenté sa vie pendant de longues années [1]. Sans doute, s'il avait réellement expié sa faute par des souffrances autres que le châtiment légal, celui-ci cesserait d'être intrinsèquement légitime... Mais ce motif... ne pourrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles, et alors il servirait de fondement à l'exercice du droit de grâce plutôt qu'à la prescription. »

Les législateurs belges se sont occupés successivement : des peines qui peuvent être prescrites ; — du délai de la prescription et de son point de départ ; — des causes de suspension et d'interruption qui peuvent être admises ; — et enfin des effets de la prescription.

35. Les peines qui peuvent être prescrites sont principalement les peines corporelles, c'est-à-dire la mort et les diverses peines privatives de liberté, et aussi l'amende. Il faut également soumettre à la prescription l'interdiction légale, qui, étant attachée de plein droit à la durée et à l'exécution même de la peine corporelle, s'éteint avec elle.

Quant aux autres peines privatives de droits, elles doivent être imprescriptibles ; les incapacités qu'elles entraînent subsistent par elles-mêmes ; elles sont subies sans aucun acte matériel d'exécution, et par le seul fait, purement négatif, du non-exercice des droits enlevés au condamné. L'absence du condamné les confirme donc, loin de les éteindre.

Mais doit-on assimiler aux peines privatives de droits la surveillance de la police ? Le législateur belge ne l'a pas pensé : « la surveillance n'est pas une peine purement morale, qui ne se manifeste par aucun signe extérieur, comme la dégradation civique et l'interdiction de certains droits. La peine de la surveillance a besoin d'être exécutée ; elle n'existe que lorsque les

[1] C'est le motif invoqué dans les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle de 1808.

Digitized by Google

mesures de précaution prescrites par la loi ont été prises à l'égard du condamné... tant que ces mesures n'ont pas été prises, le condamné est libre d'aller et de résider où il veut; la peine de la surveillance n'a pas reçu d'exécution[1]». La surveillance de la police est donc susceptible de prescription comme les autres peines (art. 94). Cependant la prescription de la surveillance commence à courir, non pas comme celle des autres peines, du jour de la condamnation en dernier ressort, mais du jour où la peine principale a été, soit subie intégralement, soit prescrite : « en cas de prescription de la peine principale, dit l'article 97, le renvoi sous la surveillance spéciale de la police produira ses effets à compter du jour de la prescription accomplie. » De ce jour, par conséquent, peut courir une nouvelle prescription s'appliquant à la surveillance.

36. Le délai de la prescription des peines a été fixé par la loi belge de la façon suivante : vingt ans pour les peines criminelles, cinq ans pour les peines correctionnelles (et dix ans si elles excèdent trois années d'emprisonnement), un an pour les peines de police (art. 91-93). On s'est donc attaché à la nature de la peine prononcée, et non à celle de l'infraction commise; par conséquent, si par suite d'excuses ou de circonstances atténuantes, un crime n'a été puni que de peines correctionnelles, la prescription ne sera pas de vingt ans, mais de cinq ans ou de dix ans. Ce système se comprend parfaitement : du moment que le juge a pu descendre aux peines correctionnelles, c'est que l'infraction, tout calculé, n'avait que la gravité d'un simple délit de police correctionnelle; or la prèscription doit s'établir pour chaque fait, d'après sa gravité intrinsèque, et non d'après une qualification abstraite.

Mais que doit-on décider dans le cas d'une condamnation par contumace à une peine criminelle, si le condamné est arrêté dans les vingt ans, mais plus de cinq ou de dix ans après la condamnation, et que la décision du jury, rendue sur la nou-

[1] Voyez en ce sens, pour le droit français, M. Blanche, qui tire aussi argument de l'article 635 du Code d'instruction criminelle. — Le gouvernement peut assigner au condamné à une peine afflictive ou infamante, qui a prescrit cette peine, le lieu de son domicile. Si la surveillance de la haute police, qui est de droit en semblable cas, n'était pas prescrite, cette faculté accordée au gouvernement n'aurait pas de portée. — *Contrà* MM. Chauveau et Faustin Hélie.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

velle procédure, n'entraîne qu'une peine correctionnelle? La prescription sera-t-elle acquise? L'exposé des motifs répond négativement: car, dit-il, le condamné n'est admis à purger sa contumace que si la peine n'est pas prescrite. Il y aurait contradiction à l'admettre à purger sa contumace, sur le fondement que la prescription n'est pas acquise et ensuite à lui appliquer le bénéfice de la prescription. Ce motif est trop subtil pour l'emporter sur la vérité des choses; et nous croyons qu'il faut faire une distinction. Si la peine criminelle prononcée par contumace est remplacée par une peine correctionnelle grâce aux circonstances atténuantes, la prescription n'est pas acquise, car la peine criminelle prononcée d'abord a été bien prononcée; on était en présence d'un crime, et le juge a pu régulièrement appliquer une peine criminelle; il n'était pas tenu d'accorder des circonstances atténuantes qu'on ne venait pas réclamer devant lui, et qui peut-être ne sont accordées lors du second arrêt qu'à raison des souffrances subies dans l'intervalle par le condamné et du long temps qui s'est écoulé, c'est-à-dire pour des causes postérieures à l'arrêt par contumace [1]. — Mais si, au contraire, le second jugement doit prononcer une peine correctionnelle parce que le fait, poursuivi d'abord comme un crime, apparaît comme un simple délit, la situation change. La peine criminelle a été prononcée à tort; car le juge, que l'accusé soit présent ou absent, doit toujours reconnaître le vrai caractère du fait; l'erreur du juge ne doit pas préjudicier à l'accusé et changer contre lui les délais de la prescription; la prescription, a dit le législateur lui-même, s'établit selon la gravité des faits; et la peine n'est qu'un moyen de mesurer cette gravité; si donc la peine a été prononcée par erreur, il n'y a pas à en tenir compte. Telle est la solution à laquelle nous croyons nécessaire d'arriver, si on va au fond des choses et si on ne s'arrête pas aux résultats extérieurs d'une procédure fondée sur l'erreur du juge [2].

[1] En droit français, la solution est la même, sans qu'il soit nécessaire de recourir à ce raisonnement; car notre législation, pour déterminer s'il y a ou non prescription, se fonde sur la qualification du fait, et non sur la nature de la peine à appliquer.

[2] Telle est aussi la solution de la Cour de cassation en France. — Nous n'avons pas parlé du cas où le fait puni, par contumace, d'une peine criminelle, se trouverait en définitive punissable d'une peine correction-

Digitized by Google

En même temps qu'il s'occupe du délai de la prescription, le Code belge en fixe nécessairement le point de départ. Ce point de départ est la date du jugement ou de l'arrêt rendu en dernier ressort, ou la date du jour où le jugement ne peut plus être attaqué par la voie de l'appel. Si la peine a reçu un commencement d'exécution, et que le condamné se soit évadé, la prescription compte du jour de l'évasion. « Toutefois, dans ce cas, on imputera sur la durée de la prescription le temps pendant lequel le condamné a subi sa peine au delà de cinq ans, si c'est une peine criminelle temporaire, ou au delà de deux ans, si c'est une peine correctionnelle » (art. 95). Le motif de ce tempérament, c'est qu'autrement, « la durée de la peine déjà subie, jointe au temps ordinaire de la prescription, pourrait dépasser les limites du temps réclamé par l'intérêt social pour poursuivre encore l'expiation d'un crime. Ainsi, un condamné à vingt ans de travaux forcés s'évade, après avoir subi dix-huit ans de captivité; il lui faudrait encore vingt années pour prescrire les deux années restantes de sa peine; de manière qu'après trente-sept ans depuis le crime, il pourrait encore être arrêté et incarcéré » (Rapport de la commission du Sénat, séance du 20 décembre 1862).

37. La prescription, une fois qu'elle a commencé à courir, n'est interrompue que par l'arrestation du coupable[1]; et elle n'est jamais suspendue. On n'a pas admis de causes de suspension, pas plus pour la prescription de la peine que pour celle de l'action. Il peut sans doute arriver que, par le fait de la démence du condamné ou par d'autres empêchements, le

nelle, par suite de l'admission d'une *excuse légale*. Ici nous croyons que la loi belge et la loi française imposent des solutions différentes. D'après la loi belge, le cas devrait être traité comme celui où le fait se trouve être en définitive un simple délit; car, *à priori* et d'après ses éléments constitutifs, le fait n'entraîne qu'une peine correctionnelle; c'est une peine correctionnelle qu'il eût fallu appliquer dès le principe, et la prescription doit opérer sur cette base. D'après la loi française, le crime excusé conserve la qualification de crime; et comme, chez nous, la prescription se mesure, non sur la peine appliquée ou applicable, mais sur la qualification du fait (art. 635 C. instr. crim.), on doit appliquer ici la prescription en matière criminelle, c'est-à-dire celle de vingt ans.

[1] La loi belge a omis de s'expliquer sur l'interruption de la prescription pour les amendes. Nous croyons qu'ici la prescription doit être interrompue conformément à la loi civile.

Digitized by Google

ministère public paraisse dans l'impossibilité de faire exécuter la peine ; mais doit-on pour cela suspendre la prescription en disant : *contra non valentem agere non currit præscriptio?* Évidemment non; tout d'abord, on arriverait par là à supprimer la prescription elle-même dans la plupart des circonstances; si le ministère public ne fait pas exécuter les peines, c'est qu'il ne peut pas, et il y aurait autant de raison pour suspendre la prescription dans le cas où le condamné est en fuite que dans le cas où il est en état de démence. D'ailleurs, une suspension quelconque méconnaîtrait le principe de la prescription en matière criminelle : quelle que soit la cause pour laquelle une peine n'a pas été exécutée, il reste toujours vrai que la peine subie après un long espace de temps n'est plus nécessaire au maintien de l'ordre social, ni utile par ses effets [1].

38. L'effet de la prescription de la peine est indiqué par sa nature même. Elle éteint les peines corporelles et pécuniaires; elle éteint aussi l'interdiction légale. Elle laisse subsister les incapacités de droit politique ou civil. Quant à la surveillance de la police, elle subsiste également après la prescription de la peine principale (art. 97), mais sauf à être prescrite à son tour par un nouveau délai (art. 93). De plus, tout condamné à mort, aux travaux forcés où à la détention à perpétuité, qui a prescrit sa peine, reste de plein droit sous la surveillance spéciale de la police pendant un terme de vingt ans (art. 98. — Cf. art. 635 C. d'inst. crim.).

La prescription des condamnations civiles reste indépendante de celle de la peine : « elles se prescrivent d'après les

[1] Ajoutez, comme l'a démontré avec une haute raison et une ingénieuse perspicacité M. l'avocat général Blanche, qu'il n'est pas vrai, en cas de démence d'un accusé ou d'un condamné, que le ministère public soit dans l'impossibilité d'agir. S'agit-il d'empêcher la prescription de l'action, on peut toujours faire des actes d'instruction en dehors de l'inculpé; et l'on interrompt par là la prescription, puisque l'effet interruptif serait attaché même à des actes dirigés contre d'autres personnes. — S'agit-il d'empêcher la prescription des peines, toutes les peines, sauf la peine de mort, peuvent parfaitement s'exécuter contre un condamné en état de démence; les peines privatives de liberté s'exécuteront par le fait de son placement dans une maison d'aliénés, où il restera à la disposition de l'administration pénitentiaire; et par ce moyen on arrive à ce résultat, tout conforme à l'humanité, de faire compter pour l'accomplissement de la peine le temps passé dans cette maison.

Digitized by Google

règles du droit civil, à compter du jour où elles sont devenues irrévocables ; toutefois, si elles ont été prononcées par contumace, elles se prescrivent à compter de la date de l'arrêt. » (Art. 99.)

39. Là se termine[1] le livre Ier du nouveau Code. C'est la partie générale, la plus délicate au point de vue scientifique, la plus importante au point de vue pratique. Elle doit embrasser dans ses règles toutes les infractions et toutes les peines ; elle doit exercer son influence sur chacune des dispositions particulières de la loi pénale.

Le législateur a ici à vaincre une grave difficulté : il n'a pas sous les yeux, comme lorsqu'il écrit une disposition spéciale, une image en quelque sorte concrète du délit qu'il veut frapper, un rapprochement presque matériel de l'infraction et de la peine ; il opère sur une généralisation que doit faire son esprit, et ses solutions doivent néanmoins se trouver justes pour chaque cas particulier. Il doit aussi, par cela même, veiller avec plus de soin sur la portée de ses expressions, leur donner d'autant plus d'exactitude qu'elles auront des conséquences plus étendues, les rendre d'autant plus précises qu'elles seront plus abstraites. Dans ce travail, le législateur de Belgique, empruntant beaucoup aux Codes de 1808 et de 1810, n'a négligé aucune des critiques dirigées par la science soit contre le fond même des dispositions, soit contre l'ordre ou la forme de la rédaction ; il a accepté ou repoussé ces critiques, selon les cas, avec une louable impartialité.

Dans la partie spéciale de son œuvre, il a dû moins à la science et plus à la pratique ; et si, au point de vue purement doctrinal, il lui est encore resté à faire une coordination méthodique des nombreuses dispositions éparses dans des lois diverses, sa principale préoccupation a dû être de proportionner exactement la gravité des peines à celle des délits successivement prévus.

LÉOPOLD THÉZARD.

(*La fin prochainement.*)

[1] Sauf pourtant la disposition de l'article 100, qui déclare tous les articles précédents, excepté ceux relatifs à la complicité, applicables aux infractions prévues dans les lois et règlements spéciaux à moins de dérogation formelle.

Digitized by Google

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DU DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF [1].

Par M. Batbie,
Professeur à la Faculté de droit de Paris, avocat à la Cour impériale.

Sept volumes in-8° [2].

M. Batbie vient de terminer son *Traité de droit public et administratif*, dont la publication avait été interrompue pendant la préparation des lois des 18 juillet 1866 et 24 juillet 1867 sur l'administration départementale et communale. Dans quelques jours le tome VII et dernier sera livré aux souscripteurs. Ce volume contient, entre autres matières importantes, un chapitre très-étendu sur la Comptabilité publique et la Cour des comptes. L'auteur examine le contrôle législatif, administratif et judiciaire, en matière de finances 1° avant 1789; 2° pendant la Révolution; 3° d'après l'organisation actuelle; 4° d'après les principales législations étrangères. Nous voudrions donner à nos lecteurs toute la partie historique de ce chapitre, mais le défaut d'espace nous force à choisir deux points principaux. Nous reproduisons le passage relatif à l'administration de Sully et celui où M. Batbie traite de l'ancienne Chambre des comptes.

I.

Henri IV et Sully.

.....A ne considérer que les cadres de l'administration financière, on pourrait croire que le plus grand ordre régnait dans la gestion des deniers publics : mais comme les meilleures

[1] Ouvrage contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollaude, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique.

[2] Chez Cotillon, libraire-éditeur de la *Revue critique*, 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

institutions peuvent être perverties par la pratique des hommes, d'incroyables abus avaient introduit le désordre dans le recouvrement des recettes et le gaspillage dans les dépenses. Henri IV en avait été frappé, et ses propres observations le préparèrent à partager l'honnête indignation de Sully contre les spoliateurs de la fortune publique. Il commença par supprimer la charge de *surintendant des finances* qui avait été impuissante à protéger le Trésor. Partant de l'idée que plusieurs personnes s'observeraient réciproquement, il substitua une commission de huit membres à la surintendance ; mais la corruption triompha du nombre, et après une expérience de quelques années, le roi écrivit à Sully : « Mon ami, je n'ai fait que me donner huit mangeurs au lieu d'un. » Il rétablit la surintendance et nomma Sully qui conquit dans cette éminente fonction le nom de grand ministre.

En saluant l'ami d'Henri IV du nom de *grand ministre*, la postérité nous paraît avoir dépassé la vérité. Sully fut surtout un ministre honnête; il porta résolûment la main sur les abus, réintégra le Trésor dans ses droits, en assurant le recouvrement effectif des taxes, empêcha le gaspillage dans les dépenses en surveillant leur ordonnancement, et à force de probité, secondée par une grande fermeté de caractère, restaura les finances et mérita la reconnaissance du pays. Mais son administration ne fit naître aucune idée ou institution nouvelle. Sa tâche se borna à faire observer les anciens règlements sur la comptabilité publique ; son nom n'est attaché à aucune création. Il repoussa même la proposition d'un Brugeois qui voulait introduire dans les matières financières la tenue des livres en parties doubles qui était déjà employée par le commerce. Avec une intelligence plus ouverte aux idées nouvelles, Sully aurait devancé de deux siècles les progrès futurs; car la tenue des livres en parties doubles, au lieu d'être appliquée en 1806 ou 1807 à la comptabilité publique, aurait pu l'être en 1607 [1].

Sully repoussa également la publicité qui est la meilleure des garanties, et le compte des recettes et des dépenses demeura un secret d'État. Dans les assemblées des États provinciaux, on évitait de communiquer les documents qui auraient

[1] La proposition fut faite par Simon Stévin de Bruges.

Digitized by Google

pu faire connaître la situation de la fortune publique, et l'on se bornait à lire rapidement les rôles de recette et de dépense « avec défense formelle d'en prendre copie, note ou extrait [1]. »

Quelle fut donc la portée des réformes de Sully? Il obligea les comptables à tenir écriture de toutes leurs opérations suivant des modèles ou formules qu'on leur envoya. et auxquels ils furent tenus de se conformer. Dans le cas où ceux qui sortaient de charge étaient débiteurs de l'État, une disposition expresse mit au compte du successeur le reliquat laissé par le titulaire sortant. Cette mesure a été souvent critiquée comme arbitraire et injuste, et il est certain qu'elle rendait responsable un comptable encore innocent. S'il est difficile de la justifier entièrement, on peut au moins l'expliquer et en atténuer le défaut par cette observation que le nouveau titulaire avait été libre de traiter sur la charge, que nulle contrainte ne l'avait obligé à entrer en fonctions, et qu'il connaissait les conditions auxquelles il avait contracté. Le successeur n'était, du reste, tenu qu'envers l'État, et conservait son recours contre le comptable sortant, dont il n'était que la caution; c'était au successeur à juger si le titulaire qu'il voulait remplacer méritait qu'on garantît ses engagements.

Sully fit défense aux comptables de retarder les payements sous aucun prétexte. Mais une prescription, quelque impérative qu'elle soit, demeure inexécutée si le législateur n'en assure pas l'effet. Les comptables ayant intérêt à garder, aussi longtemps que possible, un argent dont ils se servaient, furent assez ingénieux pour trouver un moyen de déjouer la prohibition. Les fonds étant spécialement affectés à certaines dépenses, ils trouvaient dans cette spécialité un motif pour imposer des délais aux créanciers de l'État. Les caisses étaient pleines, et cependant les comptables refusaient de payer, en alléguant que l'argent destiné à la dette réclamée n'était pas encore parvenu à la caisse générale ou au Trésor.

Sully supprima l'intermédiaire des traitants pour les fournitures des différents services, et fit acheter directement les approvisionnements, soit à l'intérieur, soit à l'étranger. Cette mesure, qui faisait profiter le Trésor des bénéfices que réalisaient auparavant les compagnies de fournisseurs, était excel-

[1] Montcloux, *De la comptabilité publique*, p. 40.

Digitized by Google

lente pour l'époque. Comme il était difficile d'améliorer les mœurs des traitants, il valait mieux supprimer leur intervention que de chercher à les réformer. La pratique du système des adjudications, avec concurrence et publicité, garantissant la bonne exécution des marchés par un cahier des clauses et conditions détaillé, a démontré depuis que les abus des traitants venaient plutôt de la corruption des personnes que de l'essence même de l'entreprise.

L'impôt demeura affermé, et Sully conserva les publicains pour les recettes, après les avoir condamnés pour les fournitures. Cependant, c'est surtout en matière d'impositions que la régie directe est préférable au bail à ferme. Le mauvais effet de l'ancien système fut seulement diminué par la mise aux enchères de la ferme. « On vit, dit M. Moncloux, une seule imposition sur le Languedoc, qui n'avait jamais été affermée 9,000 écus, s'adjuger pour 50,000. Il en fut de même partout. On vit alors que les ressources de l'État, dont les fermiers généraux donnaient à peine 30 millions, en produisaient annuellement 150, sans compter les énormes contributions illégales que les gouverneurs de provinces, les officiers de justice et ceux des finances s'arrogeaient le droit de lever à leur profit. »

Sully prit enfin deux mesures d'ordre d'une grande importance. L'ordonnancement des dépenses fut exclusivement attribué au surintendant des finances, et l'usage de faire à l'avance des états de prévision fut non-seulement rétabli, mais généralisé. A la place de ceux que préparaient auparavant les comptables pour leur service spécial, le roi, séant en son conseil, dressa un état général semblable, quant au principe, sinon quant aux détails, à notre budget de prévisions. En 1601, Sully remit au roi un compte où se trouvaient : 1° le montant brut des ressources de l'État; 2° les frais de perception; 3° le produit net de l'impôt; 4° l'aperçu des sommes à percevoir; 5° l'emploi que les comptables auraient à en faire par service[1].

455. On pourra juger de l'effet de ces réformes par le tableau suivant, où sont comparées les ressources ordinaires et les dépenses du Trésor royal pendant les années 1600-1610.

[1] *Comptes rendus de l'administration des finances sous Henri IV, Louis XIII et Louis XIV*, par Mallet, premier commis des finances sous le contrôleur général Desmaretz, p. 184 et suiv.

Digitized by Google

Année.	Recettes ordinaires.	Dépenses de la couronne.
1600	16,202,823 liv.	13,675,155 liv.
1601	15,115,467	12,343,117
1602	15,994,526	12,283,124
1603	17,474,821	11,896,818
1604	16,676,473	10,149,425
1605	18,986,425	13,259,329
1606	15,790,671	14,372,775
1607	19,185,587	14,394,995
1608	20,721,631	14,489,416
1609	19,376,574	14,176,453
1610	17,824,328	20,759,530
Totaux	197,355,326 liv.	151,800,127 liv.[1]

Ainsi, un roi qui avait commencé par la détresse finissait son règne par une grande prospérité financière. On jugera mieux de la différence des deux époques si, après avoir étudié ce tableau, on se reporte à la lettre qu'Henri IV écrivait à Sully au commencement « Je vous veux bien dire l'état où je me trouve réduit, qui est tel que je suis fort proche des ennemis et n'ai quasi pas un cheval sur lequel je puisse combattre, ni un harnois complet que je puisse endosser ; mes chemises sont toutes déchirées ; mes pourpoints troués aux coudes ; ma marmite est souvent renversée et, depuis deux jours, je dîne et soupe chez les uns et chez les autres, mes pourvoyeurs disant n'avoir plus moyen de rien fournir pour ma table ; d'autant qu'il y a plus de six mois qu'ils n'ont reçu d'argent. Partant jugés si je mérite d'être ainsi traité, et si je dois souffrir plus longtemps que les financiers et trésoriers me fassent mourir de faim, et qu'eux tinnent des tables friandes et bien servies. . . . Et si vous n'êtes pas obligé de venir m'assister loyalement comme je vous en prie[2]. » Que d'ordre, d'économie et de fermeté ne suppose pas une si énorme différence entre le point de départ et le point d'arrivée ! Cependant, Sully et Henri IV furent plus d'une fois obligés de fermer les yeux sur les abus. Une chambre de justice, qui avait été créée pour punir les malversations et le péculat en particulier, se laissa corrompre et ne frappa que les comptables qui ne « surent pas acheter leur in-

[1] *Comptes rendus*, par Mallet, p. 194.
[2] *Comptes rendus*, par Mallet, p. 84.

Digitized by Google

nocence[1]. » Sur la représentation de la noblesse, qu'en punissant les comptables on compromettait les familles nobles qui s'étaient alliées avec eux, le roi supprima la chambre de justice et, par cette mesure, accorda une véritable amnistie pour le passé en assurant l'impunité dans l'avenir. Tout n'était pas perdu cependant; si la répression était affaiblie, il restait l'impulsion d'un ministre honnête, l'imitation de la probité qui se communique de haut en bas presque aussi facilement que la corruption, et les garanties administratives qui rendaient la répression moins nécessaire, sinon superflue. . . . . .

. . . . . .

II.

Chambre des comptes.

La chambre des comptes, en France comme dans tous les pays de l'Europe, eut primitivement pour mission de recevoir les comptes des baillis et autres préposés à l'administration des domaines royaux. En vertu du lien qui unit les intérêts du roi avec ceux de la nation, la chambre devint une institution générale, un contrôle pour tous les manutenteurs de deniers publics, à quelque titre que ce fût.

Il serait difficile de dire exactement à quelle époque remonte l'établissement de la *chambre des comptes*. Nous la trouvons mentionnée dans un édit de saint Louis de 1256 et un autre de 1262 relatif à la nomination des mayeurs ou prud'hommes. « Nous ordonnons, y est-il dit, que tuit li mayeur de France, soient faicts le lendemain de la feste Sainct-Simon et Sainct-Jude. Derrechief. Nous ordenons que li noviaux mayeurs et li viez et quatre des prud'hommes de la ville, desquiex quatre, li uns ou les deux qui auront receu et despendeu celle année les biens de la ville, *viegnent à Paris à nos gens* aux octaves de la Sainct-Martin pour rendre compte de leur recepte et de leurs dépens[2]. »

Comment la chambre des comptes fonctionnait-elle à cette époque et quelle garantie son contrôle donnait-il à l'État et aux paroisses? C'est ce qu'il nous est impossible de dire. Saint

[1] Montcloux, p. 39.
[2] Gosset, *Chambre des comptes*, t. I, p. 7.

Digitized by Google

Louis avait exigé des comptables un serment dont la solennité semble révéler la défiance des moyens de contrôle autant que le caractère religieux du saint roi. L'ordonnance de 1256, après avoir prescrit aux *officiaux mayeurs ou meneurs* de prêter serment, ajoute : « Et pour que cil serrement soient plus ferme-« ment gardé, nous voulons que il soient pris en pleine place « devant touz clercs et lays ya soit que il ayent juré devant « nous, à ce que il redoute encourre le vice de parjure non « pas tant seulement pour la paour de Dieu et de nous, mais « pour la honte du pueple[1]. »

D'après une opinion qui est au moins très-probable, la chambre des comptes fut d'abord composée de membres du parlement et forma une chambre distincte par la spécialité des matières dont elle avait à s'occuper. Lorsqu'elle fut séparée de la grand'chambre du parlement, la chambre des comptes conserva le caractère judiciaire qu'elle tirait de son origine.

469. Elle devient sédentaire à peu près à la même époque que le Conseil n'État, en 1319, sous le règne de Philippe le long, c'était le temps où le Parlement de Paris « prenait de fait le caractère sédentaire qu'il avait de droit depuis 1302[2]. » Elle se divisait en trois chambres, celle du trésor, celle des comptes et celle des monnaies. La dernière se détacha vers le milieu du XIVe siècle (1358) et forma la *Cour des monnaies*.

L'ordonnance de janvier 1319 organisa le personnel de la manière suivante : 1° *quatre maîtres clers*.

« Et avons ordené, ajoutait l'Edit, que desdits quatre maîtres « clercs les deux seront toujours continuellement en la Chambre « pour voir les comptes et les deux autres seront continuelle-« ment en bas pour corrigier les comptes, dont li un sera « chargié de corrigier les comptes anciens jusqu'au temps « nostre chier frère le roy Loys[3]. »

2° Deux clercs n'ayant pas la qualité de maîtres, « pour tenir les comptes dans la chambre où ils devaient estre ois. »

3° un troisième clerc, « pour tenir un livre que on apelera

[1] Gosset, *Chambre des comptes*, t. I, p. 3.

[2] Laferrière, *Droit public*, t. I, p. 183 (V^e édition), et *Histoire du droit*, 2e édit., t. IV, p. 167 (1863). Quelques-uns font remonter le caractère sédentaire à l'ord. de 1262 cité plus haut. *Conférence sur la Cour des comptes*, faite à Niort, par M. Th. Ducrocq, p. 4.

[3] Gosset, *Chambre des comptes*, t. I, p. 6.

Digitized by Google

journal lequel nous voulons *dès maintenant* estre en ladite chambre pour enregistrer toutes choses qui seront faites en ladite chambre. »

4° Huit autres clercs « qui entendront continuellement à mastin et après-dinée aux jours à ce ordonnnez, aux escripls corrigier deux et deux ensemble. »

En somme la chambre des comptes se composait donc de quatre maîtres et de onze clercs.

Dans un édit du 13 juillet 1381, nous voyons que le nombre des maîtres était de neuf, savoir quatre maîtres clercs et cinq maîtres laïques, les simples clercs ou *clercs d'en bas* demeurant au nombre primitivement fixé.

En 1388, nous trouvons que le personnel de la chambre des comptes était fixé de la manière suivante par une ordonnance de Charles VI. Un président (messire Jean Pastourle); quatre maîtres clercs; quatre maîtres laïques; cinq clercs d'en haut et sept clercs d'en bas avec deux notaires greffiers de ladite chambre.

A la suite d'augmentations successives qui furent faites soit pour expédier les affaires en retard, soit pour créer des offices, le nombre des membres de la chambre des comptes en 1789 était représenté par les chiffres suivants : un premier président; douze présidents; soixante dix-huit conseillers maîtres; trente-huit conseillers correcteurs; quatre-vingt-un conseillers auditeurs; un procureur général; un avocat général; un substitut. Les auditeurs avaient reçu le titre de conseillers par édit du mois de juin 1552; une disposition du même édit leur donnait voix délibérative :

« Il nous a semblé et nous semble décent et convenable, disait le préambule de l'ordonnance, qu'ils opinent et aient voix délibérative aux jugements, décisions et arrêts d'iceux comptes rapportez par eux au bureau, attendu que, comme il est vraysemblable, *ils doivent avoir plus claire connaissance et certaine science que nul autre des matières qu'ils ont distinctement et par le même prévu, visité et entendu*[1]. »

Les *correcteurs* avaient d'abord été institués en très-petit nombre pour vider l'arriéré des affaires; l'édit du 14 juillet 1410 qui en parle pour la première fois n'en nomma que deux, les choisit parmi les conseillers, et donna à leur mission un caractère en quelque sorte accidentel et temporaire. Un édit

[1] Gosset, *Chambre des comptes*, t. III, p. 256 (Henri II).

Digitized by Google

de 22 août suivant alla même jusqu'à disposer expressément qu'en cas de suppression des charges de correcteur, les conseillers nommés à cette fonction reprendraient leurs offices de conseillers clercs[1].

On sait que les pays d'États votaient annuellement la somme que la province payerait au Trésor public, et que cette somme était acquittée avec les fonds de la province. Le roi n'avait donc pas le droit d'imposer directement les contribuables dans ces pays. La levée des impôts était faite sous l'autorité des États provinciaux, qui délibéraient sur la somme que le roi faisait demander par ces commissaires. Ordinainement les contingents demandés par le roi étaient accordés.

Ainsi l'administration financière dans les provinces administrées par des États provinciaux était en dehors de l'administration générale. Les comptables, en particulier, ne comptaient pas à la chambre des comptee de Paris et il y avait des chambres locales qui participaient à l'autonomie des provinces dans lesquelles elles étaient établies. Ces chambres locales étaient tantôt exlusivement compétentes pour la vérification des comptes, tantôt réunies à la Cour des aides. Il y en avait dix dans toute la France, onze avec la chambre de Paris :

1° Chambre ducale de Nevers;

2° Chambre de comptes, Cour des aides et finances de Rouen;

3° Chambre des comptes de Grenoble;

4° Chambre des comptes de Nantes;

5° Chambre des comptes et Cour des aides unies d'Aix;

6° Chambre des comptes de Nancy et Cour des aides de Lorraine;

7° Chambre du conseil et des comptes du duché de Bar;

8° Chambre des comptes de Bordeaux;

9° Chambre des comptes de Clermont-Ferrand;

10° Chambre des comptes de Montauban[2].

Aucun lien administratif n'existait entre les chambres locales et la chambre de comptes de Paris; seulement une ordonnance avait prescrit que « copies entières des comptes « qui se rendents ès autres chambres des comptes seraient

[1] Gosset, t. III, p. 83 et 88.

[2] Les chambres de Lille, Dôle, Blois et Pau avaient été supprimées. Th. Ducrocq, *loc. cit.*

Digitized by Google

« envoyées en celle de Paris. » (Ord. du 18 octobre 1563.) L'ordre donné à ce sujet par Charles IX n'était que la réitération d'un édit rendu en 1557 par Henri II dont la volonté n'avait pas été exécutée. Nous n'entrerons pas dans l'examen des règlements spéciaux à chacune des chambres locales; la chambre des comptes de Paris est la seule qu'il importe d'étudier soit à cause de son importance, soit à raison de sa bonne organisation. L'étude des autres chambres serait assurément curieuse, au point de vue historique; mais nous n'en pourrions, au point de vue pratique, tirer aucun enseignement que la chambre des comptes de Paris ne puisse nous fournir. Nous lisons même dans le préambule d'un édit du mois de février 1566, que l'organisation de la chambre des comptes de Paris était proposée pour modèle aux autres : « Les deux premières et principales compagnies de cettuy royaume, *et lesquelles doivent servir de lumière à toutes les autres*, sont nostres Cour de Parlement et chambre de comptes de Paris. »

La Chambre des comptes avait des attributions politiques, des attributions administratives, des attributions judiciaires.

Au point de vue politique, elle vérifiait et enregistrait les édits ou ordonnances concernant les finances et le domaine du roi. M. Laferrière[1] y fait également rentrer « l'*octroi des lettres de noblesse, d'immunités et priviléges.* » Mais l'ordonnance de 1339, sur laquelle il se fonde, est une disposition de circonstance, dont les causes sont expliquées dans le préambule : « Nous sommes, au temps présent, y est-il dit, moult occupez « pour entendre au faict de nos guerres, à la défense de nostre « Royaume et de nostre peuple, et pour ce ne pouvons pas « bonnement entendre aux requestes délivrer, tant de grâce « que de justice, que plusieurs tant d'Église que de Religion, « que autres nos sujets nous ont arequerré[2]. »

Les attributions administratives de la chambre des comptes étaient nombreuses. Son origine, purement domaniale, explique pourquoi elle était chargée de garder le dépôt des titres de la couronne. Elle recevait le serment des grands comptables, baillis, sénéchaux, trésoriers et traitants, et donnait des instructions aux commissaires envoyés en province par ordre

[1] Laferrière, *Droit public et administratif*, t. I, p. 184.
[2] Gosset, t. III, p. 27.

Digitized by Google

du roi. Directement ou indirectement, par ses arrêts ou par ses instructions aux commissaires royaux, elle veillait à la conservation et à la bonne administration du domaine. En conséquence, elle vérifiait et recevait les hommages des fiefs relevant de la couronne, ainsi que les aveux et dénombrements. Si le vassal négligeait de rendre hommage aux cas où il était dû, la chambre des comptes provoquait la *mainmise* sur le fief du retardataire. Une déclaration du 18 juillet 1702 avait réglé « la réception des foi et hommages, des aveux et dénombre- « ments des vassaux de Sa Majesté[1]. »

Les attributions administratives et politiques de la chambre des comptes n'ont pas été conservées par la législation moderne. Le jugement des comptables est la seule qui ait survécu à la chute de l'ancien régime. C'est donc sur ce point qu'il importe le plus de connaître la législation antérieure à 1789.

La chambre des comptes jugeait les comptes des opérations du Trésor et la gestion de toutes les caisses du roi. Les comptes relatifs aux revenus et priviléges des villes situées dans son ressort étaient aussi soumis à sa juridiction. Elle connaissait enfin des comptes concernant les dépenses du roi et de la reine, et de ceux des receveurs des dépôts et consignations attachés aux cours du royaume. Comme les comptables se montraient généralement fort négligents, des ordonnances avaient d'abord fixé des délais dans lesquels ils seraient tenus de présenter leurs comptes; mais, ces prescriptions étant dépourvues de sanction, les comptables ne s'y conformèrent pas. L'ordonnance du 18 janvier 1454 donna le droit à la chambre des comptes de les y contraindre par suspension d'office : « Pour ce que tous les officiers comptables sont négligents et délayent de venir compter et mesmement dedans le temps à eux ordonné par lesdictes ordonnances du roy, faictes à Saumur et à Nancy, au grand préjudice dudit seigneur, et du faict de ses finances, a été advisé qu'il seront contraints à venir compter durant le temps desdites ordonnances. *Et ceux qui y deffaudront, ils seront contraints par suspension d'office ou autrement comme il verront estre à faire*[2]. »

Ces moyens de contrainte ne purent pas triompher de l'in-

[1] Gosset, t. III, p. 699. V. aussi ord, du 20 novembre 1725, t. III, p. 894.
[2] Fontanon, t. II, p. 40.

Digitized by Google

térêt des comptables, et ceux-ci furent assez ingénieux pour trouver des raisons plausibles de leur retard. Pour n'avoir pas à surveiller tous les agents de l'administration financière, on avait concentré la responsabilité à l'égard du fisc sur les principaux chefs de service : les agents secondaires n'étaient responsables qu'à l'égard de ces derniers. Le comptable principal ne pouvait rendre son compte qu'après avoir réuni tous les éléments que devaient lui fournir ses subordonnés, et les retards de ces derniers entraînaient le retard du compte général. Dans un système où entre les agents supérieurs et inférieurs aurait existé une hiérarchie bien établie, il eût été fort simple d'impartir au comptable un délai passé lequel il serait suspendu de son office, parce que, à son tour, il aurait pu provoquer ou prendre des mesures de coaction contre les comptables placés au-dessous de lui. Mais sous le régime des charges en titre d'office, la hiérarchie était faible et la chambre des comptes s'arrêtait devant le mauvais vouloir de ses justiciables coloré du prétexte des retards causés par les agents subalternes. En attendant, le manutenteur des deniers publics gardait les fonds du Trésor, les employait à ses spéculations, et ni l'administration ni la chambre des comptes n'y pouvaient rien, parce que pour savoir s'il était en débet, il aurait fallu connaître la balance que tant de prétextes lui permettaient d'ajourner.

La nécessité d'attendre les comptes partiels n'était pas, en effet, la seule cause de retard. La *formation du compte par exercice* était une ressource plus efficace encore pour la lenteur calculée des comptables. Les trésoriers généraux avaient un compte ouvert pour trois ou quatre années, et chaque opération était placée dans l'exercice auquel elle appartenait. Lorsque le compte général était formé, le comptable n'y portait que les recettes ou dépenses de l'exercice dont le compte était rendu, de sorte que tout général qu'il fût, le compte ne présentait qu'une partie des opérations de l'année. Si la chambre des comptes constatait une lacune, il était facile de répondre que la somme réclamée appartenait à un autre exercice, et qu'il en serait rendu compte ultérieurement. Le trésorier qui voulait déguiser une malversation n'avait qu'à transporter certaines pièces de comptabilité d'une année sur une autre. Sans doute, la fraude aurait dû apparaître lorsque

Digitized by Google

l'exercice sur lequel la dépense avait été transportée était, à son tour, soumis au jugement de la chambre des comptes; mais il s'écoulait tant de temps entre les deux décisions que les maîtres, auditeurs ou correcteurs, avaient, lorsqu'ils jugeaient le second ou le troisième exercice, perdu le souvenir de ce qu'ils avaient décidé pour le premier.

Un compte, pour être complet, doit non-seulement comprendre les sommes matériellement payées, mais encore les sommes ordonnancées. C'est la seule manière qui permette de saisir les dettes au moment où elles se forment. Eh bien! d'après l'art. 13 de la déclaration royale du 12 juin 1781, le compte général ne comprenait que les *payements effectués*. Quant aux dépenses simplement ordonnancées, elles étaient reportées pour figurer au compte de l'exercice pendant lequel elles seraient payées. Il est vrai que les trésoriers généraux attachés aux ministères n'étaient que des manutenteurs de deniers, non des administrateurs chargés d'ordonnancer: dès-lors n'était-il pas naturel que leur compte ne comprît que les *dépenses payées?* Cela est parfaitement juste, et notre Cour des comptes ne déciderait pas autrement; mais le contrôle administratif dans notre comptabilité ne laisse rien passer, et si la Cour des comptes ne s'occupe que des maniements de deniers effectifs, les ordonnancements et les dépenses au moment où elles se forment sont suivies avec soin, non-seulement dans la *division de la comptabilité* de chaque ministère, mais aussi à la *direction générale de la comptabilité* au ministère des finances.

Les ministres, à la vérité, avaient à rendre des comptes connus sous le nom d'*états au vrai*. Ces *états* étaient présentés au conseil du roi, qui remplissait une fonction analogue à celle du Corps législatif quand il juge les comptes d'administration présentés par les ministres. Mais les secrétaires d'État, pour dresser leurs *états au vrai*, étaient obligés de s'adresser à leur trésorier général. Celui-ci qui préparait les ordonnancements, aurait pu comprendre dans l'*état au vrai* toutes les sommes ordonnancées; il se gardait de le faire, et soit pour que son compte de deniers fût en parfait accord avec le compte d'administration du ministre, soit pour simplifier la rédaction de l'état au vrai, il n'y portait que les mentions dont se composait son compte de deniers. Cette seconde expédition

Digitized by Google

du même compte était moins instructive que la première, puisqu'elle était dépouillée des détails et pièces justificatives dont le compte d'exercice était appuyé [1].

Une fois parvenus à la chambre, les comptes n'étaient pas immédiatement examinés. Un arriéré considérable empêchait le jugement immédiat, il fallait que le compte attendit son tour. Ce n'est qu'après plusieurs années que la chambre procédait à la vérification. Quelquefois les parties étaient mortes, et s'il se présentait des difficultés, s'il y avait des explications à demander, les héritiers ne pouvaient pas en donner sur les faits qui leur étaient étrangers, d'autant qu'ils pouvaient se couvrir de leur ignorance en matière de comptabilité. Aurait-il été juste de les constituer en débet pour des articles douteux, et de les punir par un arrêt de condamnation de l'impossibilité où ils étaient d'expliquer la gestion de leur auteur? La chambre des comptes n'usait pas de rigueur, et les héritiers du comptable ne devaient pas souffrir des difficultés produites par ces longs délais. Comme toujours, le Trésor supportait la perte; car il y a longtemps qu'on dit et croit qu'en France l'*Etat a bon dos*. Cette tardive vérification avait d'ailleurs en tous cas peu d'efficacité, parce que les opérations si éloignées avaient perdu leur intérêt, et que les faits dont elles pouvaient recevoir leur lumière étaient oubliés ou évanouis. Même quand le comptable vivait, pouvait-on exiger de lui qu'il eût, après un long temps, les détails de sa gestion présents à l'esprit? Si on pouvait l'exiger, les juges du compte n'étaient pas toujours en mesure d'apercevoir les difficultés précisément à cause de l'éloignement des faits. Retard par le fait du comptable intéressé à garder les fonds pour les appliquer à ses spéculations; retard par l'encombrement de l'arriéré; difficulté d'apprécier des faits de gestion trop éloignés; difficulté d'obtenir des explications des héritiers lorsque les comptables étaient morts; tels étaient les vices caractéristiques de la juridiction de la chambre des comptes.

Au moins, en ce qui concerne les manutenteurs de deniers, avait-elle une compétence efficace; elle pouvait les atteindre par ses arrêts et si, en fait, elle ne les frappait pas toutes les fois qu'ils l'auraient mérité, en droit elle était armée contre

[1] *De la comptabilité des dépenses publiques* (anonyme), 1832, p. 28.

Digitized by Google

les comptables reliquataires. Il en était autrement pour les comptesd'administration rendus par les ministres; l'*état au vrai* n'était pas examiné sérieusement par le conseil du roi, puisqu'il n'était accompagné d'aucune pièce justificative. Il était transmis à la Cour des comptes qui aurait pu, dans la comparaison avec le compte de gestion présenté par le trésorier, trouver des éléments d'appréciation suffisants; mais la transmission de *l'état au vrai* était accompagnée d'un ordre royal qui prescrivait à la chambre des comptes d'en constater l'apurement *sans autre vérification.* Les rois n'avaient pas voulu soumettre les actes des ministres, c'est-à-dire de leur propre gouvernement, à des cours indépendantes. Cette idée est, comme nous le verrons ultérieurement, restée dans la législation moderne, et c'est conformément à une vieille tradition que la compétence de notre Cour des comptes a été limitée aux manniements de deniers, tandis que d'autres peuples étendaient ce contrôle aux ordonnateurs.

Pour combattre les inconvénients provenant du retard dans l'examen des comptes, on avait augmenté le nombre des officiers de la chambre; des ordonnances avaient minutieusement fixé les obligations des conseillers, déterminé leurs vacations et arrêté les heures où ils devaient tenir séance. Dans un édit de 1511 on trouve des dispositions dont la rubrique est ainsi conçue : « *De ne partir de la chambre devant l'heure.* » D'autres leur prescrivaient « *d'entrer à la chambre la veille des festes.* » Un troisième passage limitait les excuses qui seraient recevables. Vaines précautions, l'arriéré s'était accumulé et l'efficacité du contrôle avait été paralysés par un concours de causes invincibles.

Cette impuissance du contrôle ne permettait pas de connaître la situation entière des finances ni par conséquent l'étendue du déficit. En 1789 le découvert était en réalité considérable, et les écrivains qui le qualifient *déficit sans importance* ne s'aperçoivent pas qu'habitués aux chiffres des budgets modernes, ils jugent les finances d'un autre temps avec les idées de notre époque. Mais il est vrai aussi de dire que le chiffre du déficit était grossi par l'inconnu, et que ce mot faisait sur la foule une impression d'autant plus profonde qu'il était plus mystérieux. M. le marquis d'Audiffret a donc eu raison de dire : « Il serait inutile de rechercher les éléments d'une situa-

Digitized by Google

tion financière au milieu de la confusion qui régnait alors dans tous les services, et il suffira de se rappeler que l'effroi d'un déficit *dont on n'a jamais pu vérifier l'importance* a été l'un des principaux mobiles de la révolution de 1789[1]. »

La chambre des comptes avait en matière criminelle une compétence dont nous dirons quelques mots pour compléter l'histoire de l'ancienne législation. D'abord elle connaissait des injures faites à ses membres ou officiers; comme c'était une cour souveraine, les ordonnances royales lui avaient attribué une juridiction qui dispensait ses officiers de demander à une cour rivale ou inférieure la réparation des injures faites à ses membres. L'ordonnance d'Henri II, du 31 décembre 1551. en donne les motifs en ces termes : « Considéré qu'il n'est « raisonnable ny décent qu'autres en aient la connaissance et « jurisdiction, joint que si telles matières estaient distraictes « et traictées ailleurs, pourraient estre cause de distraction du « service ordinaire que nous doivent nosdits officiers ès nos- « dictes cours souveraines comme ès nostredite chambre des « comptes[2].»

D'un autre côté la chambre des comptes avait le droit de juridiction criminelle en matière de compte et même celui d'*exécution* des coupables dans l'*enclos* du palais. La difficulté d'empêcher les malversations par l'efficacité du contrôle avait rendu le législateur violent; de là des peines atroces contre les coupables de péculat; ceux qui étaient découverts payaient de leur vie les crimes des autres; car dans le but d'infliger un châtiment exemplaire, le législateur avait édicté des peines hors de proportion avec le délit. Une ordonnance de François Ier, du 4 avril 1530, sur le crime de péculat, semble avoir été écrite par un législateur barbare : « Nous avons ordonné et ordonnons par loy, édict et ordonnance, que tous ceux qui se trouveront avoir commis en nos finances crime de péculat, larrecins, pilleries et malversations, attendu le gros mal et inconvénient qui est advenu en nostre royaume par leur faute, sans aucun port ni dissimulation, soient pendus et estranglés[3]. »

La chambre des comptes étant cour souveraine, on en avait

[1] *Système financier*, t. I, p. 284.
[2] Gosset, t. III, p. 257.
[3] Gosset, t. III, p. 187.

Digitized by Google

conclu que ces arrêts ne pouvaient pas être frappés d'appel. Cette proposition avait cependant fait quelque doute. Un édit de Louis XI, du 23 novembre 1461 [1], avait décidé formellement que l'on ne pourrait pas appeler des arrêts de la chambre et cette décision expresse implique l'existence d'une difficulté. Cette difficulté renaissant, un nouvel édit du 26 février 1464 [2] décide qu'il n'y aura pas d'appel. Cependant si l'appel était interdit les ordonnances admettaient la *demande en révision* devant le conseil du roi. C'est là l'origine historique du pourvoi en cassation qu'aujourd'hui encore on porte devant le Conseil d'État contre les arrêts de la cour des comptes.

Dans l'ordonnance du 26 février 1464, on lit un passage que nous reproduirons en terminant parce qu'il est le résumé de tous les détails qui précèdent sur les diverses attributions de la chambre des comptes : « Nous, voulant conserver nostre-« dite chambre des comptes en son autorité, laquelle nous « savons et cognaissons estre entre nos cours et chambres « seule singulière à nous et l'arche et le repositoire des titres « et enseignements de nosditz droits, devoirs, domaines et « finances et des comptes et raisons de la distribution d'iceux « et en laquelle a de toute ancienneté esté jugié et décidé ès « matières qui se y sont offertes, ainsi qu'il appert par les re-« gistres d'icelle [3]. »

A. BATBIE.

EXPLICATION ÉLÉMENTAIRE DU CODE NAPOLÉON,

MISE EN RAPPORT AVEC LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE.

Par J. J. Delsol.

3 vol. in-8°. — Paris, Cotillon, éditeur.

Compte rendu par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Parmi les ouvrages qui ont spécialement pour objet d'initier à l'étude du Code Napoléon, il en est qui sont et méritent d'être en grande faveur.

[1] Gosset, t. II, p. 144.

[2] Gosset, t. II, p. 146. La question ayant été renouvelée, un édit de François Ier trancha définitivement dans le même sens. Th. Ducrocq, *loc. cit.*, p. 7.

[3] Gosset, t. II, p. 148.

Digitized by Google

M. Delsol n'a pas désespéré de partager ce succès, et l'épuisement d'une première édition est un témoignage qu'il n'a pas trop présumé de ses forces. C'est une seconde édition qu'il publie, avec une modification de titre et des remaniements si profonds qu'ils en font presque une œuvre nouvelle.

Le livre est un commentaire; mais ce n'est pas un commentaire *par articles;* c'est un commentaire *par sections.* L'auteur place en tête de son explication, et dans l'ordre du Code, un certain nombre d'articles dont il dégage et développe le sens.

Cette méthode facilite l'enchaînement des idées, la réunion de notions qui, isolées, seraient moins bien comprises; elle réalise quelques-uns des avantages du *traité,* sans en avoir les longueurs quelquefois pesantes; elle impose la lecture des textes, et cette lecture, trop souvent l'étudiant la néglige, en préférant à la disposition législative son interprétation, comme plus accessible à un examen superficiel.

Le style est simple, net, alerte, élégant.

Je rends d'autant plus volontiers hommage aux qualités très-recommandables de l'exécution, que j'ai quelques objections contre les théories de M. Delsol sur ce qui constitue la valeur d'un livre élémentaire.

Ce n'est pas moi qui reprocherai à l'auteur d'avoir cherché une garantie de l'exactitude de ses doctrines dans l'enseignement public du droit, au sein des facultés et notamment au sein de la faculté de Paris, dans les solutions des auteurs les plus accrédités, ou de la jurisprudence la mieux assise. Les précédents et l'opinion dominante offrent un *criterium* important qu'il serait dangereux de dédaigner. Il convient de tenir grand compte de cette autorité, lorsqu'il s'agit de prendre parti dans une controverse; toutefois les dissidences, qu'elles soient anciennes ou nouvelles, n'ont pas contre elles une invincible présomption d'erreur. On peut, par prudence d'esprit, être enclin à ne pas s'y associer; mais on n'est pas dispensé de les combattre. Il y a nécessité, nécessité impérieuse de signaler les écarts pour les redresser.

L'abstention en face d'un système juridique, sous le prétexte qu'il est aventureux, expose le lecteur à une surprise, lorsqu'il rencontrera tout à coup, en face de lui, l'opinion dont l'auteur prétend justifier l'omission, par ce motif qu'il l'a tenue tacitement pour fausse ou pour hasardée. Il ne faut pas

Digitized by Google

oublier que le lecteur pourra être, sera le plus souvent un candidat qu'un examinateur déconcertera, déroutera par l'affirmation d'une théorie d'autant plus troublante qu'elle n'aura pas été prévue.

Je choisis trois exemples dans le livre dont je m'entretiens et dont je fais un éloge exempt de toute complaisance.

1° M. Delsol enseigne, avec la grande majorité des auteurs, que l'interdiction légale n'est pas attachée aux condamnations par contumace à des peines temporaires afflictives et infamantes.

2° M. Delsol enseigne, toujours avec la grande majorité des auteurs, que l'interdiction judiciaire et la dation d'un conseil produisent leur effet du jour du jugement de première instance qui les prononce, même lorsqu'il y a appel, si ce jugement est confirmé.

3° M. Delsol enseigne que le mineur, qui se marie sans l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son union, est marié sous le régime de la communauté légale, si la nullité du mariage est couverte en laissant survivre la nullité du pacte matrimonial.

M. Delsol formule ces propositions comme des vérités qui n'ont jamais été contestées.

Cependant sur ces trois points, il y a, soit dans la jurisprudence, soit dans l'enseignement, des contradictions, et sans qu'il convienne d'apprécier leur degré d'importance, il semble qu'elles devraient être indiquées. Sur le dernier point spécialement, M. Delsol néglige deux théories contraires à la sienne, et l'une d'elles appartient à un jurisconsulte qu'il cite d'ordinaire avec beaucoup de déférence.

Je choisis un quatrième exemple, et cette fois je le choisis, non plus dans des cas où la foi de M. Delsol contrarie ma propre foi, mais dans un cas où nous signerions le même *credo*.

M. Delsol enseigne que l'interdit judiciairement ne peut, même dans un intervalle lucide, faire une donation ou un testament. Je suis de cet avis, et j'ai vu avec bonheur qu'il est partagé par un des professeurs les plus distingués de la faculté de droit de Paris, M. Duverger (*Revue critique*, t. III, p. 361). Mais M. Valette (*Explication sommaire du livre Ier*, tit. 6, n° 20), M. Demolombe (*Traité de la minorité*, t. II,

Digitized by Google

nos 647 à 649, et *Traité des donations*, t. VI, n° 23), sont des contradicteurs qui méritent au moins une mention.

Je sais bien que ces omissions n'ont chez l'auteur rien de systématique; dans des cas beaucoup plus nombreux, il analyse avec concision et juge avec fermeté toutes les théories qui se sont produites.

Ainsi s'agit-il de fixer le sens de l'article 2225 du Code Napoléon? M. Delsol ne laisse rien à désirer. Cet article n'est-il qu'une application de l'article 1166? N'est-il qu'une application de l'article 1167? S'il est autre chose, de quelle pensée est-il l'expression? Ne peut-il être invoqué que comme moyen de prévenir un préjudice?

Aucun écrivain n'a mieux traité cette question que M. Delsol. C'est pour moi une raison de regretter davantage ce que je regarde comme des lacunes.

Je pourrais facilement, en parlant de beaucoup d'autres questions sur lesquelles l'auteur, dans son cadre étroit, est très-complet, multiplier, d'une manière flatteuse, mes raisons de regret. C'est parce que M. Delsol a de l'initiative, des vues originales, et qu'en général il jette de la lumière sur ce qu'il touche, que je me crois le droit de me faire, contre lui, un grief de son silence sur des opinions qu'il ne supprime pas en leur refusant une place. Si je veux qu'il parle, c'est qu'à mon sens il parle bien.

Dans notre science toute de discussion et de critique, il n'y a guère de *dogmes*, ou plutôt de principes au-dessus du contrôle. Qui ne heurte ni les textes ni la raison ne saurait *a priori* être réputé hérétique.

M. Delsol a trop d'indépendance pour subir le joug des majorités; dans le doute, il peut incliner vers elles; quand sa conviction est formée, il ne la sacrifie pas et ne s'effraie point de l'isolement.

Voici ce que je lis dans son tome II.

« *Durée de l'action en réduction.* — L'action en réduction prend naissance au décès du donateur ou testateur, et, comme aucun texte n'en a expressément fixé la durée, on doit dire qu'elle est de trente ans aux termes du droit commun (art. 2262). Mais les tiers acquéreurs des immeubles donnés commencent à les prescrire à dater du jour où ils les ont reçus du donataire, et après dix, vingt ou trente ans, suivant les hypothèses (art. 2262 et suiv.), leur propriété devient inatta-

Digitized by Google

quable, même par les héritiers réservataires. Pourquoi cette différence? Le voici. Le donataire en recevant les biens du défunt s'oblige personnellement à les restituer au cas où la quotité disponible serait excédée. Or, il n'est possible de connaître si la quotité disponible est excédée qu'à l'ouverture de la succession. La prescription libératoire du donataire ne peut donc commencer pour lui avant cette époque, et comme toute prescription libératoire dure trente ans (art. 2262), le donataire ne pourra jamais être à l'abri de toute poursuite qu'après trente ans à partir de l'ouverture de la succession.

« Les tiers détenteurs sont, au contraire, dans une situation bien différente. L'obligation de restituer la donation au cas où la quotité disponible serait excédée leur est totalement étrangère. En fait, ils se trouvent avoir reçu la chose d'autrui par la résolution du droit de propriété qui appartenait à leur auteur, et il est question pour eux, non de se libérer d'une obligation mais de *prescrire acquisitivement* les biens qu'ils possèdent. Or, ils ont pu, dès le jour du contrat, commencer cette prescription, qui peut ne durer que dix ou vingt ans, suivant les hypothèses. »

Cette solution sur le point de départ de la prescription décennale ou vicennale paraîtra à quelques esprits très-hardie; elle est presque une rébellion contre des idées, qui ont pour elles la presque unanimité des jurisconsultes. Qu'importe? elle triomphera plus tard, si, comme je le crois profondément avec M. Delsol, elle a pour elle les textes, la raison et l'utilité sociale.

En pressant bien les termes de la préface de M. Delsol, je pourrais découvrir entre nos appréciations sur les conditions d'un bon enseignement, et sur la valeur des livres qui en sont l'instrument, une séparation assez profonde.

Pourquoi ne la constaterais-je pas? sa constatation sera une preuve décisive que la justice, que j'essaye de rendre à l'œuvre dont je m'occupe, n'est pas une justice intéressée ou seulement prévenue.

M. Delsol suppose que notre science n'exige pas beaucoup d'études et d'efforts d'intelligence; elle ne réclamerait que du bon sens, du discernement, de la droiture d'esprit; la vigueur de la dialectique et la largeur de la vue seraient pour lui comme des qualités de luxe.

Ne peut-on, sans s'exposer au soupçon d'être un revenant du seizième siècle, prétendre que la mission du jurisconsulte est

Digitized by Google

plus laborieuse et impose une plus grande dépense de soins, de méditations et de logique ?

Je sais bien que, dans un certain, monde on s'ingénie à répandre l'opinion que le meilleur professeur est celui dont la parole brillantée se borne à paraphraser les prescriptions législatives, en laissant dans l'ombre les difficultés et les problèmes. Si une pareille opinion prévalait, et je suis trop peu alarmiste pour le craindre ou tenter de le faire craindre, elle aboutirait bientôt à un abaissement du niveau intellectuel du barreau et de la magistrature; elle substituerait à l'avocat jurisconsulte le parleur superficiel, à l'homme d'affaires l'homme de salon, au juge savant et réfléchi, voué au culte de la loi, le juré impressionnable et distrait, ne relevant que de son sens individuel et capricieux.

A Dieu ne plaise que j'impute à un écrivain, qui a le talent et le savoir de M. Delsol, de vouloir, dans une mesure quelconque, se faire le complice d'idées si hostiles à nos institutions judiciaires; il serait le premier à renier sa profession de foi juridique, s'il avait conscience qu'elle pût renfermer ces conséquences, même en germe, et pour l'avenir le plus éloigné; comme nous, il n'est pas sympathique à des tendances qui nous feraient préférer un vrai et mobile jury sortant incessamment de la foule pour y rentrer, à un corps judiciaire trié au sein d'une seule classe, la bourgeoisie aisée.

Mais ces tendances, qui pourraient devenir si funestes, ne les favorise-t-il pas involontairement, en exprimant la croyance que la science et l'application du droit peuvent se passer du secours d'un long et patient apprentissage ? le bon sens réduit à lui-même serait un souverain d'un despotisme au moins très-irrégulier.

On a dit, et je n'ai pas à examiner, si, sous tous les rapports, on peut redire avec raison qu'un livre élémentaire est nécessairement un livre *approfondi*. Ce que je dis seulement, c'est qu'il n'est pas vrai, du moins à mes yeux, qu'un livre de droit, même un livre élémentaire, *n'est bien fait, que si chacun en le lisant se croit capable de le faire.*

Le livre élémentaire est un livre qui remonte aux principes pour les exposer, les classer, les justifier, en recherchant et mettant en lumière leur origine historique ou leur fondement rationnel. — Sans doute il s'attache surtout aux bases, aux grandes lignes, aux vérités qui sont comme des sources d'o

Digitized by Google

découlent d'autres vérités ; mais il ne dédaigne pas les controverses ; seulement ces controverses ne sont pas pour lui le but ; elles ne sont qu'un moyen d'éclairer les principes par leurs applications ; sans les multiplier outre mesure, il les distribue de manière à rendre vivantes les règles qui les gouvernent.

Ce n'est pas l'abondance excessive, c'est la nature substantielle de l'alimentation qui fortifie l'intelligence. — Qu'il ne faille pas surcharger l'attention et lui infliger trop de fatigue, je le reconnais, mais il convient de l'accoutumer à l'effort.

Mais à quoi bon insister sur des questions de méthode ? les méthodes les plus diverses peuvent se recommander par des services ; la variété des aptitudes et des besoins exclut peut-être, non-seulement l'unité, mais la supériorité absolue d'un instrument scientifique.

L'éclaircissement et la vulgarisation des principes fondamentaux du Code Napoléon auraient de l'utilité et de l'importance ; ils ne constitueraient pas un but indigne d'un esprit distingué.—Ce but, M. Delsol l'a atteint et dépassé ; il a ajouté aux notions acquises ; il a fait une œuvre plus personnelle et plus féconde que sa modestie ne paraît le penser. Son exécution vaut mieux que son programme ; il a écrit un grand nombre de pages qui répondent aux exigences qu'il semble théoriquement décliner. Ainsi, nul mieux que lui n'a différencié le droit de propriété et le droit de créance, le droit *réel* et le droit *personnel*. Ce n'est là qu'une indication ; je pourrais la confirmer par beaucoup d'autres ; quand il s'est décidé à entrer dans le domaine de la controverse, il l'a agrandi, enrichi, et, tout en se renfermant dans les limites d'une grande brièveté, et en restant fidèle à la rapidité et à la prestesse de forme qu'il affectionne, il a trouvé souvent le secret d'être neuf..... Son ouvrage tient, à mon sens, beaucoup plus que ne promet sa préface ; il sera un bon auxiliaire, non-seulement pour l'étudiant, mais pour le professeur, et j'ajoute, non-seulement pour le professeur qui fuit les questions ardues, mais pour le professeur qui les regarde en face et est tourmenté du besoin de les résoudre.

M. Delsol a-t-il fait mieux que ses devanciers ? Je n'ai ni le droit ni l'intention de l'affirmer... Ce que je puis dire avec toute convenance et toute vérité, c'est qu'il a fait autrement, et, suivant nous, il occupera au milieu d'eux un très-bon rang.

A. BERTAULD.

Digitized by Google

LE CODE CIVIL ITALIEN ET LE CODE NAPOLÉON.

Étude de législation comparée, par M. Théophile Huc, suivie de la traduction complète du Code civil italien, par M. Joseph Orsier. — 2 vol. in-8°. Paris, Cotillon, éditeur.

Compte rendu par M. Paul Bernard,
avocat général à la Cour impériale de Dijon.

Tandis que l'Italie cherche ses destinées politiques à travers des orages sans cesse renaissants, elle est parvenue depuis deux années à faire dans l'ordre civil une des conquêtes les plus rares et les plus précieuses pour un peuple, celle de l'unité de législation. Or, si pour un grand nombre d'esprits, l'Italie à peine libre des entraves de la servitude n'est pas mûre pour la liberté et paraît incapable de résister aux entraînements qui la sollicitent vers de périlleuses aventures ou aux flots révolutionnaires qui la menacent, pour le jurisconsulte qui mesure l'avenir d'une nation aux éléments d'ordre et de civilisation qui jaillissent de son sein dans les efforts qu'elle fait vers le progrès, il y a place pour de plus fermes espérances. A celui-ci, il paraîtrait étrange qu'une nation fût dénuée de toute sage direction, ou s'y montrât rebelle, lorsqu'elle a eu assez de discernement politique pour élire les législateurs qui ont fait l'œuvre originale et puissante que signalent avec une admiration non dissimulée des critiques aussi compétents qu'impartiaux. M. Huc a dit du Code italien « qu'il était digne « d'un peuple libre, » et M. Huc est un partisan de la saine et véritable liberté. M. Gide a affirmé de son côté « que l'œuvre « législative de 1866 ne périrait point et qu'elle suffirait à « elle seule pour valoir au gouvernement qui a su l'accomplir « la reconnaissance de la postérité[1]. »

Cet éloge paraîtra d'autant plus mérité si on essaie d'apprécier l'immensité de la tâche qu'il fallait accomplir. N'oublions pas, en effet, que pour savoir ce qu'était la législation italienne avant cette réforme il faut embrasser par le souvenir les antiques traditions du droit romain qui s'étaient perpétuées sur leur sol d'origine, malgré les mille révolutions qui l'avaient bouleversé et les races diverses qui s'y étaient implantées,

[1] V. son Étude, remarquable à tous égards, sur le Code italien. *Revue historique*, 1866, p. 392.

Digitized by Google

attirées qu'elles étaient sans cesse par l'éclat éblouissant de la civilisation et du ciel italiens; — que le despotisme des mâles institutions romaines n'avait pu être entamé ni par la framée des barbares ni par l'épée du baron féodal; — que le municipe lui-même avait longtemps survécu dans ces sombres démocraties où la tyrannie tenait en réserve pour l'avenir quelques vestiges de la liberté antique et qu'enfin, lorsque les poëtes de l'Italie en étaient réduits à pleurer sur la patrie, morte sous les coups de l'étranger et avilie par la servitude, le droit civil des premiers âges survivait à ces grandes ruines, avec son cortége de coutumes surannées, comme pour attester que les peuples opprimés restent immobiles dans les ténèbres au lieu de marcher vers la lumière. L'unité du vieux droit n'avait été altérée que par des modifications de détail imposées par l'influence étrangère ou canonique et qui faisaient des législations de l'Italie comme une grande mosaïque sur le fond uniforme de laquelle les conquérants avaient substitué des dessins disparates quant à la forme et à la couleur.

Comment se peut-il faire que l'édifice des coutumes séculaires du droit romain, à peine dissimulé sous la forme moderne que les Codes des diverses provinces avaient affectée par imitation du Code Napoléon, se soit écroulé en un jour, pour faire place comme par enchantement à une loi unique et plus rapprochée du progrès économique et moral que nulle autre de celles qui règnent dans les États les plus puissants et les plus avancés de la civilisation européenne? On se tromperait assurément si on attribuait uniquement ce résultat au discernement avec lequel les jurisconsultes qui faisaient partie des commissions instituées pour la réforme législative, ont puisé dans les codes des autres nations. Sans doute, comme le dit M. Huc, « le nouveau Code civil n'est qu'une révision du « Code Napoléon en vue des besoins de l'Italie, » mais il s'éloigne de son modèle et le laisse en arrière en tant de points essentiels qu'il faut le considérer comme une œuvre tout à fait neuve, qui ne peut s'expliquer que par la révolution intellectuelle qui depuis trente ans agitait l'Italie et jetait dans les esprits ses semences fécondes. Il s'est formé en effet, sous la chaude influence des idées de régénération de la patrie italienne, une école intrépide et virile qui, répudiant à la fois un passé rétrograde ainsi que les agissements et les théories du carbonarisme, a voulu obtenir par des moyens légitimes

Digitized by Google

l'affranchissement religieux, politique et civil. C'est aux historiens, aux jurisconsultes, aux magistrats, aux hommes d'État sortis de cette génération que l'Italie devra d'avoir vu en quelques années ses institutions pénétrées de plus de liberté qu'il n'y en a dans celle des autres peuples, et cela sans luttes intestines, mais par le seul effet de l'expansion naturelle des mœurs et des idées qui se sont développées au milieu des classes élevées.

Ce fait considérable est la confirmation de ces paroles du comte Portalis : « Il est des époques dans la vie des États où ce qu'on a appelé de nos jours la codification devient une nécessité. Ce n'est alors ni par choix, ni par système, qu'on se livre à un tel travail. C'est précisément parce qu'à proprement parler on ne fait pas les codes des peuples et *qu'ils se font avec le temps*, qu'il devient indispensable d'en rassembler les membres épars et de les promulguer lorsque le temps y a mis la dernière main. Ainsi le moment est venu et leur promulgation est forcée, *lorsque les révolutions graduellement opérées dans les opinions et les mœurs, par le développement ou la décadence des institutions, le progrès, la diffusion ou l'obscurcissement des lumières, éclatent ou se réalisent, en changeant avec plus ou moins de violence, la face de la société.*

« Dans de telles circonstances, *il ne s'agit point de fonder un Etat, de façonner un peuple à l'image et à la ressemblance de son législateur, ni de lui donner des mœurs, un esprit national et une croyance politique;* ce sont choses faites. *Il ne saurait non plus être question de résister avec obstination à l'esprit général qui prévaut, de rendre la société stationnaire ou de réagir contre le mouvement qui l'emporte, et de disputer aux événements leur irrésistible influence. Codifier alors, c'est résumer la situation du pays; c'est rajeunir l'autorité de cette portion des lois anciennes, restée intacte et ferme comme l'aurore de la société; c'est leur associer des principes et des règles conformes à la direction nouvelle imprimée aux mœurs par les doctrines et les opinions actuellement régnantes; c'est sanctionner, par le droit, des faits accomplis; en un mot, c'est orienter la société en déterminant le point d'où elle est partie, celui où elle est arrivée et la ligne qu'elle est désormais appelée à suivre*[1]. » C'est la même pensée qu'exprime M. Huc quand

[1] *Introduction au Code sarde de 1838.*

Digitized by Google

il écrit en commençant l'analyse des réformes. « Parmi tous les événements mémorables qui ont successivement transformé et régénéré la Péninsule, *il ne s'en est pas produit de plus important ni de plus significatif, car la promulgation d'un code unique les résume tous. Le but des aspirations séculaires d'une grande nation se trouve ainsi désormais atteint, et par là même ses destinées sont irrévocablement assurées.* Quelles que soient en effet les épreuves que l'avenir réserve à l'Italie, quand même il se produirait encore au sein du nouveau royaume des tentatives rétrogrades, on peut affirmer que ces épreuves seront désormais faciles à supporter, que ces tentatives trouveront dans le Code qui vient d'être promulgué un obstacle insurmontable. C'est qu'en effet l'un des grands avantages de toute codification *est de donner une formule aux progrès divers accomplis dans l'ordre civil, d'indiquer avec précision la différence qui sépare le passé du présent,* de faciliter et simplifier les rapports juridiques en donnant aux intérêts privés une règle et une sanction uniforme indépendantes de l'arbitraire et du bon plaisir. Enfin, lorsqu'un code suffisamment bien fait a fonctionné pendant quelque temps chez un peuple, il arrive bientôt que l'état des personnes, la stabilité des héritages, la sécurité des fortunes et des positions acquises, que tout en un mot repose sur le maintien de ce code, *et qu'un retour vers le passé devient moralement et matériellement impossible.* »

Nous croyons rendre un véritable service à ceux qui aiment la science de la législation, et consacrent leurs méditations à son perfectionnement en leur signalant la seconde édition du livre de M. Huc. Il leur paraîtra d'autant plus instructif, qu'après avoir lu l'analyse des théories du nouveau Code tracée avec tant d'art par le savant professeur de Toulouse, ils pourront eux-mêmes approfondir les textes, et rechercher les détails que celui-ci devait nécessairement négliger dans une étude limitée. En effet, conformément au désir exprimé par M. Boissonade dans un compte rendu de la première édition inséré dans la *Revue*[1], M. Huc s'est adjoint un autre jurisconsulte qui a traduit avec la plus grande exactitude, les textes italiens en entier, les a annotés et a établi leur conférence avec les articles de l'ancien Code sarde, et du Code Napoléon. Grâce au travail consciencieux de M. Orsier que l'on doit

[1] Tome XXIX, page 172.

Digitized by Google

louer hautement de cet acte de dévouement à la science, on peut, à l'aide de ce volume, se rendre compte, jusqu'à leurs plus petites nuances, des réformes qu'a subies l'ancienne législation sarde, des solutions données à nos controverses de doctrine et de jurisprudence, et enfin des innovations hardies et heureuses dont le législateur italien a pris l'initiative. Il serait téméraire de vouloir en quelques pages de compte rendu faire connaître celles-ci, alors surtout qu'on peut recourir aux articles de MM. Gide et Boissonade dans les *Revues* que j'ai indiquées; qu'il me suffise de dire qu'il était difficile que les auteurs du nouveau Code alliassent dans une plus large proportion, la sagacité à la prudence, la connaissance des lois économiques au sentiment vrai des besoins sociaux de la nation, l'amour de l'indépendance individuelle au respect de tous les droits. Quand on a lu le nouveau Code, on arrive à cette conclusion formulée par M. Gide, et confirmée par M. Huc, que toutes les règles nouvelles sont inspirées par une idée éminemment féconde, et qui éclate à chaque pas, comme le but poursuivi avec une loyale et courageuse conviction, celle de *l'extension de la liberté civile*. On peut en juger par les traits principaux.

La loi civile se dégage du joug théocratique; la capacité civile ne sera plus subordonnée à la double qualité de catholique et de sujet du roi; le *régnicole* quelle que soit sa foi et l'*étranger* jouissent également de tous les droits civils : ainsi est anéanti le principe mesquin de la réciprocité, dernier débris du droit d'aubaine que nous n'avons pas encore répudié; — Le mariage est sécularisé; les prêtres catholiques et les personnes engagées par des vœux perpétuels de chasteté sont relevés de l'incapacité de contracter mariage, parce que la loi civile n'a pas pour mission de veiller à l'observation des prescriptions religieuses.

La puissance paternelle n'est plus ce pouvoir absolu qui annihilait au profit d'un seul toutes les individualités dans la famille, et revêtait le caractère redoutable d'une fonction publique, mais un pouvoir protecteur et purement domestique. L'administration légale est réglementée et elle se perpétue après la mort de l'un des époux, au lieu de faire place à la tutelle.

La puissance maritale est moins absolue. La femme peut agir en vertu d'une autorisation générale, ou sans autorisation quand le mari est mineur, interdit, absent, condamné à l'em-

Digitized by Google

prisonnement, ou quand la séparation de corps a été prononcée contre lui, et, ce qui est rationnel, elle est protégée, non par l'autorisation, mais par les tribunaux, quand il y a opposition d'intérêts entre elle et son mari.

Le principe de l'exclusion des femmes de toute tutelle reçoit une nouvelle et heureuse exception en faveur des tantes germaines non mariées. Dans chaque préture, il est établi un registre des tutelles dans lequel sont inscrits les actes, comptes, délibérations intéressant le mineur.

Le divorce est banni, mais la séparation de corps est plus facile à obtenir, et la barrière qu'elle met entre les époux est assez forte pour que l'un des deux ne sente pas à chaque instant la secousse que l'autre imprime à sa chaîne.

La légitimation des enfants naturels peut se faire par rescrit du Prince, ce qui permet au législateur de proscrire l'adoption des enfants naturels. Bien mieux vaut, en effet, la réparation éclatante qui résulte de la légitimation que cette légitimation subreptice qu'autorise la jurisprudence française.

Tout ce qui touche au droit de propriété, à l'alluvion, aux cours d'eau, aux servitudes, à l'usufruit, à la copropriété est traité avec une supériorité qu'assuraient à l'avance au nouveau code les dispositions du code Charles-Albert que Portalis recommandait à la sollicitude du législateur français.

Dans le régime des successions, le code italien prend pour base le principe que les droits héréditaires doivent être distribués suivant les affections présumées du défunt; et il tient compte du reproche adressé si souvent au Code Napoléon, de n'avoir pas fait une application fidèle de ce principe. La succession n'est plus divisée entre les deux lignes; les père et mère, les ascendants et les frères et sœurs se partagent l'hérédité par portions viriles, et excluent les collatéraux. L'enfant naturel est également préféré aux collatéraux, et s'il est en concours avec les héritiers légitimes, il reçoit une part plus grande que d'après la loi française. Le conjoint survivant n'est plus voué à la misère comme en France; il prend toujours une part de l'hérédité en usufruit ou en propriété, suivant la qualité des héritiers avec lesquels il se trouve en concours et la proportion adoptée pour les diverses hypothèses a paru aux critiques, si heureusement déterminée, que le code de 1866 leur paraît destiné sur ce point à servir de modèle aux législateurs futurs.

Digitized by Google

L'exhérédation est rejetée; le législateur italien fait justice des iniquités auxquelles elle a servi de moyen dans le passé, ainsi que des tentatives faites depuis quelques années dans notre pays par les ennemis des institutions démocratiques qui, sous prétexte de raffermir l'autorité paternelle ou d'éviter le morcellement des héritages, veulent revenir au système des priviléges. Toutes les anomalies, souvenir du passé, sont effacées; telles sont : le retour légal, le retrait successoral et les substitutions d'une manière radicale. Le rapport ne peut plus nuire aux tiers détenteurs ou aux créanciers hypothécaires.

En matière de donation, la liberté du donateur est surtout ce qui préoccupe le législateur, en conséquence, il abolit les donations à cause de mort et les institutions contractuelles. Les effets de la révocation pour survenance d'enfants sont adoucis dans l'intérêt des tiers.

Mais si le nouveau code protège le donateur contre la captation, il favorise la circulation des biens et l'extension de la richesse du pays, en assurant la liberté des transactions et la preuve par écrit des contrats, à peine de nullité. Il développe l'initiative individuelle, en laissant aux contractants le soin de se défendre au moment du contrat, au lieu de leur réserver après coup les moyens de se faire restituer contre leurs imprudences. Ainsi, les lois sur l'usure sont rapportées, le terme de grâce et le bénéfice de cession sont supprimés; la contrainte par corps ne frappe que le débiteur de mauvaise foi.

Aucun régime matrimonial ne s'impose aux époux en l'absence d'un contrat. Les biens restent alors paraphernaux et la dotalité ne frappe que la dot constituée. L'inaliénabilité de la dot n'est plus une entrave sans issue, mais une protection, car le tribunal peut autoriser l'aliénation dans tous les cas de nécessité ou d'utilité évidentes.

Après avoir assuré le développement de la richesse publique par la liberté dans les conventions, leur stabilité, et leur publicité toutes les fois que les tiers sont intéressés à les connaître, le législateur poursuit résolument la consolidation du crédit foncier par l'établissement d'un système hypothécaire auprès duquel le nôtre paraîtra à coup sûr bien arriéré. La clandestinité étant la ruine du crédit toute hypothèque légale doit être inscrite; toute hypothèque légale ou judiciaire doit être limitée quant à la créance et à son assiette; — mais si on veut que l'état de la propriété ne soit jamais équivoque, on facilite

Digitized by Google

sa circulation comme gage des engagements; l'hypothèque peut être établie par acte sous seing privé, frapper l'emphythéose et les rentes sur l'État, se transmettre par voie de cession ou de subrogation et l'inscription qui la constate ne se périme que par trente ans.

La séparation des patrimoines est réglementée.

La transcription assure la publicité non-seulement des mutations immobilières mais de toutes les actions révocatoires ou résolutoires. Le délai pour intenter les actions en nullité qui ne peuvent être rendues publiques, est restreint à cinq années.

Enfin comme la propriété ne doit pas rester incertaine, la prescription avec titre et bonne foi s'accomplit toujours par dix ans et la prescription trentenaire court contre toutes personnes, sans que nulle cause puisse en suspendre le cours.

Cette nomenclature incomplète et aride des principales innovations du Code Italien, ne peut donner qu'une idée approximative du cadre qu'a rempli M. Huc. Je me hâte de dire que son étude comparée n'est pas une simple constatation de telles ou telles réformes, mais une discussion *ex professo* de chacune d'elles avec une impartialité et une sûreté de vues qui donnent à chacune de ses solutions une valeur réelle. Toute œuvre humaine a des taches; M. Huc signale celles du Code Italien sans détour, mais il trouve bien plus à louer qu'à blâmer. L'auteur a le talent de condenser en quelques pages, sous une forme concise et lumineuse, tous les éléments d'une controverse. Non-seulement il connaît à fond tous les replis de la législation, mais il a sur toutes choses des principes fermes, des idées arrêtées, une doctrine qu'il s'est appropriée, non point par des lectures superficielles, mais par des méditations qui lui permettent de jeter souvent dans une discussion des moyens nouveaux et ingénieux à l'appui de la thèse qu'il veut faire résolument prévaloir. J'ajoute que ses décisions sont toujours inspirées par un libéralisme de bon aloi et qu'il se déclare ouvertement l'ennemi des systèmes surannés, des théories qui n'ont d'autre fondement que l'irréflexion ou la routine et qu'il indique un assez grand nombre d'innovations inaperçues des auteurs du Code et dont nous ferons un jour notre profit. On lira avec intérêt les dissertations que l'on rencontre dans le livre de M. Huc sur la *sécularisation du mariage*, le *mariage des prêtres*, l'*autorisation maritale*, la *liberté de tester*, le *contrat d'assurance*, la *rescision* pour *cause de lésion* des

Digitized by Google

contrats de vente, le *régime hypothécaire*, etc. Je ne puis les énumérer toutes, car sur presque tous les points de la législation civile, le savant professeur a énoncé quelques aperçus pleins d'originalité qui rendent la lecture de son livre particulièrement attrayante et en font une œuvre théorique qui doit marquer sa place dans la science. Je me trompe, cette place est faite; tandis qu'en France la première édition était rapidement enlevée, le succès de M. Huc prenait en Italie des proportions dont celui-ci a droit d'être fier. Non-seulement il a reçu des membres des Universités de la Péninsule les témoignages les plus flatteurs, des magistrats et des jurisconsultes de précieux encouragements; mais l'un d'eux, l'honorable M. Alfonso Cavagnari, maire de Parme et professeur éminent de droit constitutionnel et administratif à l'université de cette ville, a popularisé l'*Etude comparée du Code italien et du Code Napoléon* en la traduisant dans sa langue nationale.

Cet empressement des jurisconsultes italiens à propager les critiques dirigées contre leur loi, est un signe remarquable de l'esprit de progrès qui les anime et un bon exemple à suivre pour hâter le triomphe de l'unité de législation en Europe.

PAUL BERNARD.

UN NOUVEAU DIGESTE EN ANGLETERRE

Par M. Paul GIDE, agrégé de la Faculté de droit.

Un grand travail de codification se poursuit aujourd'hui dans l'Europe entière, et l'on peut prédire que notre siècle ne se terminera pas avant que chaque état ait fait son code. Voici le pays du droit coutumier par excellence, l'Angleterre, qui cède elle-même au courant général. En 1866, la reine avait chargé une commission de rechercher si la rédaction d'un *Digeste* du droit anglais serait avantageuse et praticable : aujourd'hui, la commission présente son premier rapport[1] et conclut résolument à la confection d'un Digeste, qui, entre autres avantages, « pourra, disent les rapporteurs, servir de pré-

[1] Daté du 13 mai 1867, et publié par le *Times* du 30 novembre 1867.

Digitized by Google

paration et d'acheminement à la confection d'un code, si l'on se décide plus tard à codifier nos lois. »

Mais la rédaction d'un code ou même d'un digeste du droit anglais n'est pas une petite entreprise, et les commissaires ne cachent pas qu'il leur faudra « beaucoup de temps et d'argent pour la mener à bonne fin. » Il est difficile, en effet, à un Français surtout, de se faire une juste idée de l'incohérence et du chaos de la législation anglaise : la confusion de nos anciennes coutumes ou de nos règlements administratifs d'aujourd'hui est peu de chose en comparaison. Un légiste anglais, pour résoudre une question de droit quelconque, est obligé (ce sont les commissaires de la reine qui le déclarent) d'aller puiser à trois sources de droit différentes : 1° le *common law*, c'est-à-dire l'ensemble des principes et des coutumes qui, introduits dès les temps les plus reculés et transmis d'âge en âge, sont épars dans les *records* et les divers traités de doctrine et de jurisprudence ; 2° les *statuts*, c'est-à-dire les règlements du pouvoir législatif, dont le recueil, dans l'édition la plus usuelle et qui est loin d'être complète, ne forme pas moins de 45 énormes volumes in-4° ; 3° enfin les décisions judiciaires, qui, pour la procédure et le *droit d'équité*, tiennent lieu de lois, et qui composent à elles seules une immense bibliothèque d'environ 1,450 volumes. Si vous songez en outre que, dans ces divers recueils, les arrêts et les statuts ne sont point rangés par ordre de matières, mais seulement par ordre chronologique, que rien ne distingue, dans ce chaos, la loi locale de la loi générale, la loi nouvelle de la loi abrogée, vous aurez une idée des difficultés et des embarras que rencontrent, dans l'affaire la plus simple, l'avocat et le juge le mieux exercés. Quant aux jurisconsultes étrangers qui seraient assez aventureux pour s'engager dans cet inextricable dédale, je n'en parle pas : chacun sait que la loi anglaise est restée jusqu'ici lettre close pour les étrangers.

On se demandera sans doute comment un peuple aussi pratique que le peuple anglais a pu vivre jusqu'ici avec une législation aussi incommode. C'est que le peuple anglais est en même temps très-conservateur et très-progressif; il aime beaucoup à se donner des lois nouvelles, mais il tient beaucoup aussi à conserver ses vieilles lois. Qu'en résulte-t-il? C'est que les nouvelles lois se multiplient sans cesse, et que les lois anciennes ne s'abrogent jamais; en sorte que la législation

Digitized by Google

anglaise ressemble à ces forêts que nourrit une terre trop féconde et que jamais la cognée du bûcheron n'est venue éclaircir. Cette législation n'est plus aujourd'hui qu'un inextricable fourré, et il faudra toute l'habileté et la patience des rédacteurs du futur Digeste pour y faire pénétrer la lumière.

En entreprenant aujourd'hui le remaniement de leurs antiques lois, les Anglais ne se sont point départis de cet esprit conservateur qui les distingue. « Le Digeste, disent les auteurs du rapport, ne sera pas autre chose qu'un résumé de la loi *telle qu'elle existe*, arrangée dans un ordre méthodique, et divisée en titres, chapitres et articles, avec un renvoi pour chaque article aux sources de droit d'où il aura été puisé. » Mais les rédacteurs du Digeste auront beau faire, il est bien des antiquités gothiques qui, dans ce travail de restauration, vont se briser sous leurs mains ; pour donner à la loi anglaise une forme méthodique et précise, il leur faudra la moderniser et la rajeunir, et probablement le code qu'on nous fait espérer ne sera, dans son ensemble, qu'une nouvelle formule de cette loi commune sous laquelle viennent se ranger, tour à tour, comme de concert, toutes les nations civilisées.

Les commissaires de la reine ne s'expliquent pas encore sur les diverses questions que la rédaction du Digeste va soulever. Au lieu de résoudre ces questions *à priori*, ils demandent, avec beaucoup de sens, à mettre immédiatement la main à l'œuvre, et à rédiger, à titre d'essai, une partie du travail, laquelle servira de spécimen pour l'ensemble. Ils annoncent, en terminant, que ce premier rapport sera suivi de plusieurs autres. Nous continuerons à les communiquer aux lecteurs de la *Revue*.

PAUL GIDE.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence,

Par M. Ch. Mazeau,
Docteur en droit, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

LES AVOCATS ET LEUR TABLEAU.

La Cour de Cassation a rendu récemment deux arrêts qui ont ému le barreau. Appelée en 1850 à déterminer la portée juridique de ce vieil adage cher au Palais : *les avocats sont maîtres de leur tableau*, elle l'avait fait dans un sens favorable à la souveraineté de l'Ordre. Mais, après avoir apporté des exceptions successives à cette règle, admise d'abord comme absolue, la Cour a été amenée à consacrer, en 1867 et en 1868, une doctrine contraire à celle qu'elle avait adoptée en 1850. — Nous nous proposons, en suivant et en caractérisant les évolutions de cette jurisprudence, de rechercher quelle est de ces deux doctrines, celle qui est conforme au droit.

La difficulté n'est pas nouvelle. On peut lire dans le répertoire de Merlin, qu'avant 1789, elle divisait déjà les esprits. Les raisons invoquées alors, pour ou contre la souveraineté de l'Ordre, étaient, à peu de chose près, celles qu'on propose aujourd'hui. A cette époque, on soutenait déjà que cette souveraineté était indispensable à l'indépendance, à la dignité, à la bonne composition du barreau, et, par suite, à l'exercice libre et entier du droit sacré de la défense. D'autre part, et bien qu'on vécût sous le régime des jurandes et des maîtrises, on réclamait, comme on réclame actuellement, au nom de la liberté du travail : « La profession d'avocat, disait-on, étant de droit public, la possibilité de l'exercer ne saurait dépendre d'une manière absolue de ceux-là même qui l'exercent [1]. » On ajoutait, comme de nos jours, que l'aptitude à la profession, acquise par des années d'un incessant labeur, était une propriété aussi légitime que toute autre, et qu'il n'était pas possible de la livrer à l'arbitraire d'une sentence sans appel.

[1] Arrêt du Parlement. Affaire *Roblein* (28 juin 1775).

Digitized by Google

S'il était vrai qu'il fallût choisir entre ces grands intérêts, l'hésitation serait permise. Le barreau a la mission, en effet, de défendre la liberté, la fortune, la vie des citoyens, et pour remplir cette mission, il doit être indépendant. Mais en quoi cette indépendance sera-t-elle menacée, parce que le Conseil de l'Ordre ne jugera pas sans appel les questions relatives à la formation de son tableau? On répond : en ce que la composition du barreau ne dépendra plus du barreau lui-même? — La réponse pourrait être juste si la magistrature n'était pas directement intéressée à ce qu'il soit procédé à cette composition avec le soin le plus scrupuleux. Les magistrats savent que les avocats sont les utiles auxiliaires de la justice, et que leurs traditions, la force des choses, et la loi, les ont attachés à leur compagnie par une étroite alliance. Il ne faut donc pas raisonner avec prévention, et comme si l'ingérance de l'autorité judiciaire devait toujours et nécessairement conduire à l'infirmation des décisions du Conseil. Quand les susceptibilités de l'Ordre seront fondées, l'effet en sera maintenu. La révision atteindra les seuls et rares jugements que la partialité aura pu dicter. Ce dernier sentiment n'est pas à redouter dans les barreaux nombreux, composés d'hommes considérables, et où les rivalités s'ennoblissent sous d'heureuses influences. Dans les barreaux peu nombreux, au contraire, n'est-il pas à craindre, qu'altérées par les inspirations ardentes de l'intérêt personnel, ces rivalités ne dégénèrent en mesquines jalousies? Il ne faut donc pas s'arrêter à cette considération, quelque respectable que soit le motif sur lequel elle est fondée. Nous ne pouvons consentir à voir, dans la grave difficulté qui divise les auteurs, et qui a fait flotter la jurisprudence un instant incertaine, une question d'indépendance pour le barreau; cette difficulté évoque bien plutôt une question de responsabilité, et, à tout prendre, nous aimons mieux que cette responsabilité pèse sur la tête de la magistrature, que sur celle des Conseils de discipline.

Cela dit, examinons le droit.

On peut poser la thèse de la souveraineté de l'Ordre, — vis-à-vis du ministère public, — vis-à-vis de la partie intéressée, c'est-à-dire de l'avocat dont la demande d'admission n'aura pas été accueillie.

Cette thèse, en ce qui touche le premier point, n'offre pas

Digitized by Google

grande matière à contestation; en principe au moins, le procureur général n'est pas recevable à appeler des décisions rendues par le Conseil de l'Ordre, statuant sur la composition de son tableau, et en dehors de sa juridiction disciplinaire. Ici, les avocats sont réellement *maîtres*, et c'est dans cette exclusion du ministère public, que se trouve vraiment la garantie, et la première condition de leur indépendance. Nous n'insisterons pas, voulant limiter notre examen à la question de la souveraineté de l'Ordre vis-à-vis de l'avocat intéressé.

Pour la justifier à ce point de vue, et dans cette mesure, on a invoqué deux arguments : — Les usages, — le texte de l'ordonnance du 20 novembre 1822.

Nous aborderons tout de suite le premier, avant de toucher à la jurisprudence; d'une part en effet, cet argument tient une place considérable dans les discussions écrites ou orales qu'a provoquées le débat; d'autre part, malgré l'importance qui lui était donnée, il a toujours été laissé dans l'ombre par les arrêts de la Cour de Cassation.

I.

L'article 45 de l'ordonnance dispose : « Les usages observés dans le barreau, relativement aux droits et aux devoirs des avocats, dans l'exercice de leur profession, sont maintenus. » — De là, ce syllogisme : l'ordonnance maintient la tradition; or, la tradition constitue les avocats maîtres de leur tableau, et les autorise à refuser l'inscription, sans que la décision qui la refuse soit sujette à l'appel; donc, les avocats possèdent encore aujourd'hui ce même pouvoir discrétionnaire. — Assurément, le syllogisme est en règle; mais tout y est contestable : la majeure, la mineure et la conclusion.

Le texte, en premier lieu, n'a peut-être pas le sens qu'on lui attribue. Il ne porte pas : Les anciens usages sont *rétablis*. Il dit, ce qui est bien différent : les usages *observés*.... sont *maintenus*. Cette dernière expression implique qu'il n'entre pas dans la pensée de l'auteur de l'ordonnance, de restaurer un ordre de choses ancien, aboli par la Révolution, mais bien de conserver ce qui existe au moment où il complète l'œuvre du législateur de l'an XII. Lorsqu'on veut savoir quels sont les usages *maintenus* par l'article 45, il ne faudrait donc pas re-

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

monter aux parlements, et aux coutumes adoptées par les barreaux qui plaidaient devant eux; il faudrait interroger les usages qui avaient cours dans la période de temps écoulée de l'an XII, époque du rétablissement de l'ordre des avocats, à l'année 1822 qui vit paraître l'ordonnance. — En second lieu, les usages que l'article 45 entend maintenir sont les usages relatifs aux droits et devoirs des avocats *dans l'exercice de leur profession*, et non pas ceux qui sont relatifs à l'*entrée* dans la profession. — La majeure du syllogisme que nous formulions tout à l'heure n'a donc pas toute la solidité désirable.

Mais passons, et voyons, avant tout, si nous nous trouvons en présence d'un usage caractérisé, c'est-à-dire si les faits qui le constituent ont été uniformes, multipliés, observés par la généralité, réitérés pendant un long espace de temps, et enfin constamment tolérés par le législateur[1]. Lorsqu'on a lu, sans parti pris, les dissertations un peu diffuses auxquelles on s'est livré à ce sujet, pour établir le pour ou le contre, on est naturellement conduit à cette réflexion qu'un usage généralement et uniformément admis, aurait laissé des traces assez profondes dans une époque relativement peu éloignée de la nôtre, pour qu'il fût facile d'en retrouver, et d'en suivre les manifestations. Si la recherche est laborieuse, et le résultat peu concluant, on est en droit d'affirmer que l'usage manquait d'uniformité et de généralité. Or telle est ici l'impression première, et elle ne trompe point. Un jurisconsulte peu connu, Dareau, composant, dans le *Répertoire* de Guyot, en 1784, le mot *Avocat*, nous apprend en effet, que la souveraineté de l'Ordre sur son tableau était contestée alors comme aujourd'hui. « C'est cette même facilité, dit-il, qu'ont les avocats d'admettre parmi eux les nouveaux confrères qui se présentent, avec la recommandation des mœurs et du talent, qui a fait plus particulièrement agiter, dans ces derniers temps, la question de savoir si les avocats sont tellement maîtres de leur tableau, qu'il leur soit entièrement libre de refuser ceux qui peuvent leur déplaire, ou même de supprimer ceux dont ils croient avoir lieu d'être mécontents, et cela *de leur seule autorité*, sans être obligés de rendre raison à personne de leur conduite à cet égard. » Dareau, après avoir cité différents

[1] Merlin, v° *Usage*, § III.

Digitized by Google

exemples de refus d'inscription, fait comme la plupart des jurisconsultes anciens qui n'étaient pas partisans de cette omnipotence; prudemment « il s'abstient d'ouvrir une opinion à ce sujet. » On devine toutefois qu'il penche pour le droit de révision du Parlement. — Que faut-il conclure de cette citation? Il ne faut pas sans doute attribuer à Merlin, devenu le continuateur du répertoire auquel il a donné son nom, ce qui appartient à l'obscur collaborateur de Guyot, et conclure de la comparaison de ce passage avec l'article *Radiation* du même ouvrage, favorable à la doctrine de la souveraineté de l'Ordre, que l'illustre procureur général n'avait pas d'opinion bien arrêtée sur cette doctrine[1]. Mais on est fondé à en conclure que, même en 1784, la question était controversée; qu'elle ne réunissait pas tous les suffrages; en un mot, qu'elle était *agitée*. Il n'existait donc pas alors un *usage*, dans le sens juridique de ce mot.

Quoi qu'il en soit, laissons de côté les déductions, et arrivons au fait. Un premier point hors de doute, c'est que dans les barreaux des parlements de province, et dans ceux des juridictions inférieures, la souveraineté de l'Ordre n'existe pas. Tantôt le barreau a un tableau, tantôt il n'en a pas; mais, dans tous les cas, les magistrats jouissent d'un droit de contrôle sur les décisions de la communauté, qu'ils peuvent homologuer ou annuler[2]. Il en est ainsi, même dans le ressort du parlement de Paris. On connaît l'arrêt du 28 juin 1775 (*Roblein*), par lequel le parlement ordonne une inscription sur le tableau des avocats du présidial de Poitiers, qui était de son ressort, malgré la résistance de ceux-ci. Il faut y ajouter l'arrêt du 17 août 1782, sur la demande des avocats d'Angers; celui du 3 avril 1629, rendu entre le sieur Mallaurat et la communauté des

[1] M. Le Berquier, avocat à la Cour impériale de Paris, dans sa brochure intitulée le *Tableau des avocats*, explique la cause de l'espèce de contradiction qu'on rencontre dans les deux articles du répertoire. Cette explication n'infirme en rien l'autorité de Dareau, en tant qu'il certifie le fait du débat, alors pendant, sur la souveraineté de l'Ordre.

[2] Voy. sur la situation des avocats auprès des parlements les lettres de d'Aguesseau, t. VIII, p. 545 à 552; Salviat, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, p. 66; — *Journal des audiences et arrêts du Parlement de Bretagne*, t. I, p. 321. — Le chap. 3 de l'ordonnance d'octobre 1635 sur l'administration de la justice en Provence, etc.

Digitized by Google

avocats du bailliage de Barrois, sur une question de préséance[1]; l'arrêt obtenu en 1780 par Pierre Gouhier, ancien savetier à Nogent, reçu licencié en droit, et refusé par des considérations tirées de son *vieil état*[2]; enfin l'arrêt du 25 janvier 1610 rendu dans des circonstances curieuses rapportées par Brillon[3]. Il est donc incontestable que les décisions des colléges d'avocats plaidant devant les juridictions inférieures ressortissant du parlement de Paris, étaient, dans l'usage, sujettes à appel.

Mais les avocats à ce Parlement étaient-ils au moins maîtres de leur tableau? — Ici les opinions sont partagées. Ce qui est certain toutefois, c'est que la Cour intervient dans la formation et la conservation du tableau. « Lorsque ce tableau, dit Boucher d'Argis, dans son *Histoire abrégée*, est rédigé et arrêté dans l'assemblée des anciens et des députés, le bâtonnier le porte au parquet de MM. les gens du Roi, qui le vérifient, et après qu'il a été parafé par eux, le bâtonnier le porte au greffe où il en est fait registre[4]. » Denisart ajoute : « ..... Lorsque, dans le cours d'une année, un avocat fait une faute grave qui exige qu'on le raye sans délai du tableau, le bâtonnier et les anciens, après que la radiation a été prononcée, se rendent à la grande Chambre, et exposent le fait et les motifs de la radiation. Sur quoi il intervient arrêt qui porte que tel sera et demeurera rayé du tableau des avocats étant au greffe de la Cour. La nécessité de cet arrêt vient de ce que le greffier peut seul effectuer une radiation sur un acte déposé en son greffe, et qu'il faut un arrêt qui l'y autorise. MM. les gens du Roi ne manquent pas d'adhérer dans

[1] *Recueil des arrêts du Parlement de Paris de Bardet*, p. 269.

[2] Voy. M. Le Berquier, p. 23.

[3] « M. Nicolas Richelet se présenta à l'audience en la grand-chambre le 25 janvier 1610, et voulut plaider pour la communauté des avocats de Compiègne, contre un avocat qu'il soutenait n'être capable. La communauté des avocats de Compiègne était opposée à la réception de Titius, disant qu'il avait toujours été clerc, et n'avait point étudié. M. Le Bret, avocat général, dit qu'il l'avait fait venir chez lui, et que l'ayant interrogé, il l'avait trouvé bien versé dans les lettres humaines, mais que pour la jurisprudence, il répondait par ci par là. — La Cour ordonna qu'il serait reçu avocat au siége de Compiègne en faisant le serment accoutumé. » *Dictionnaire de Brillon*, v° *Avocat*.

[4] Ed. Dupin, p. 404.

Digitized by Google

ces circonstances à ces demandes, qui n'ont pour motif que l'ordre et l'intérêt public, et les magistrats se déterminent pa les mêmes voies, à accorder l'arrêt[1]. » — Pour les uns, la présentation du tableau à messieurs les gens du Roi, et la vérification qu'ils en doivent faire, ainsi que l'arrêt de la Cour en cas de radiation, impliquent un véritable droit de révision. — Pour d'autres, au contraire, le ministère public n'intervenait alors que pour attester la qualité des avocats inscrits, et celle des représentants de l'Ordre qui avaient arrêté ce tableau. Quant à l'arrêt de la Cour, en cas de radiation, ce n'est point un contrôle, c'est une simple homologation en la forme, et Denisart, nous venons de le voir, donne la raison de la nécessité de cet arrêt : « c'est que le greffier peut seul effectuer une radiation sur un acte déposé dans son greffe, et qu'il faut qu'un arrêt l'y autorise. » — On cite dans les deux camps, les arrêts rendus par le Parlement dans la fameuse affaire de Me Linguet (1775-1778)[2]. Il est peut-être étrange que ces arrêts soient les seuls documents sérieux qu'on puisse produire au débat; on ne peut compter au nombre des précédents les décisions par lesquelles l'Ordre des avocats au Parlement refusait d'inscrire, soit l'ancien chancelier Poyet, soit M. Huchet de La Bédoyère qui avait été avocat à la Cour des Aides, soit, enfin, l'avocat « rayé du tableau pour avoir essayé de combattre, dans une consultation, l'opinion fixée sur la profession de comédien[3]. » Il importe peu, en effet, que l'Ordre ait refusé d'admettre Poyet, La Bédoyère et d'autres encore, s'ils n'ont pas réclamé. La rareté des précédents peut s'expliquer toutefois par ce fait même que ceux qui étaient refusés ou rayés, ont dû ne pas recourir à l'appel, sachant d'avance que cette voie leur était interdite. Aussi sommes-nous disposés à croire que, chez les avocats au Parlement, les décisions, relatives à la composition du tableau, étaient véritablement souveraines.

Mais il ne faut pas se hâter de conclure, car il est au moins douteux, qu'à cette époque, le refus d'admission, ou même la radiation, empêchassent, dans l'usage, l'exercice de la profession. Il est beaucoup plus probable que ces mesures

[1] Denisart, v° *Avocat*, § III, n° 12.
[2] Voy. sur ce point le travail de M. Le Berquier.
[3] Voy. Répertoire de Merlin, v° *Radiation*. — Article de Delacroix.

Digitized by Google

privaient seulement l'avocat qui en était l'objet de certaines prérogatives de confraternité. En ce qui touche les premiers jours du barreau, il ne peut même y avoir d'incertitude : l'association est purement volontaire, les avocats, inscrits ou non, sont également aptes à remplir tous les actes de la vie judiciaire ; et alors, nul inconvénient, et, à coup sûr, nulle injustice à ce que ceux qui dressent *le rôle*, y inscrivent qui bon leur semble. Plus tard à la vérité (1344), sont rendues les ordonnances du Parlement, dans lesquelles on lit, article 3 : « *Et est sciendum quod nullus advocatus ad patrocinandum recipiatur nisi sit juratus, et in rotulo nominum advocatorum scriptus*[1]. » Mais si telle est la règle écrite, telle n'est pas la pratique. Loysel le constate, et Brillon nous donne le récit suivant : « Du lundi 25 mars 1712, à l'audience de 7 heures, M. le premier Président de Mesme demanda à M. de Merville, qui commençait à plaider, s'il était au tableau ; il répondit que non, mais qu'il espérait s'y faire rétablir ; M. le Président lui répliqua : quand vous y serez, vous plaiderez. M. le Président avait envoyé quérir un tableau par le clerc du premier huissier. *L'on dit que c'est la première fois, de mémoire d'homme, que l'on ait refusé la parole à un avocat, pour n'être pas sur le tableau*[2]. » Les règlements de 1344 étaient donc bien rarement appliqués, et en fait, pour plaider, il n'était pas nécessaire de figurer sur le rôle. — On comprend que l'usage, ainsi atténué, n'a plus, au point de vue qui nous occupe, l'importance qu'on pourrait être tenté de lui accorder, puisqu'aujourd'hui l'exercice de la profession est subordonné à l'inscription au tableau.

En résumé, tel est l'usage avant 1789 : dans les barreaux des Parlements et dans ceux des juridictions inférieures, les décisions de l'Ordre sur sa composition sont susceptibles d'appel devant l'autorité judiciaire ; les avocats au Parlement de Paris jouissent seuls d'un pouvoir discrétionnaire et souverain ; mais chez eux, comme ailleurs, il ne paraît pas qu'il ait été

[1] Ordonnances du Parlement touchant les avocats et conseillers. Isambert, t. IV, p. 507. – L'ordonnance du Régent, de février 1327, disposait de même pour les avocats au Châtelet : « L'advocat ne sera receu à plaider, s'il n'est juré suffisamment, et son nom escrit au roolle aux advocats. » Isambert, t. III, p. 337.

[2] Loysel, Ed. Dupin, t. I, p. 241. — Brillon, v° *Avocat*.

Digitized by Google

indispensable d'être inscrit au tableau pour exercer la profession.

Quelle est la conclusion de tout ce qui précède? — Est-ce cet état de choses que l'article 45 de l'ordonnance de 1822 a voulu consacrer en *maintenant les usages observés*? Évidemment non; et cependant telle serait, en bonne logique, la conclusion du syllogisme. Il n'est pas davantage admissible qu'on puisse scinder l'usage, et le considérer comme maintenu dans l'une de ses parties, abrogé dans les autres; maintenu et généralisé, en ce qu'il aurait donné un pouvoir absolu à l'Ordre des avocats; simplement abrogé en ce qu'il aurait privé de cette omnipotence les barreaux attachés à certaines juridictions.

Écartons donc l'argument tiré de la tradition, argument dont on a abusé de part et d'autre, et concentrons notre attention sur les premiers arrêts de la Cour régulatrice, dont les motifs sont puisés dans l'économie et les dispositions de l'ordonnance de 1822.

II.

C'est en 1850 que la Cour de cassation a été appelée, pour la première fois, à se prononcer sur la question. Elle était saisie par un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris, au nom de M. Baroche, bâtonnier, et par deux pourvois dirigés contre deux arrêts de la Cour de Lyon, rendus en sens contraire. Les débats empruntaient alors, et empruntent surtout aujourd'hui, un intérêt particulier au nom des avocats chargés d'attaquer ou de défendre ces arrêts[1], et à la présence de M. Dupin, prêt à soutenir de sa parole autorisée l'opinion exprimée dans ses livres.

Trois situations différentes étaient soumises à la Cour : l'appel était-il recevable contre une décision du conseil refusant l'admission au stage d'un licencié en droit, ou refusant l'inscription à Lyon, par exemple, d'un avocat ayant été inscrit et ayant exercé à Paris, ou enfin refusant la réinscription sur un tableau où le postulant avait déjà figuré, et dont il n'avait disparu que parce qu'il avait été appelé à remplir momentané-

[1] MM. Pascalis, aujourd'hui président de la Chambre civile; — Bonjean, aujourd'hui président de de la Chambre des requêtes; — Paul Fabre, maintenant avocat général à la Cour de cassation; — Moreau, conseiller à la Cour de Paris; — Marcadé.

Digitized by Google

ment, des fonctions incompatibles avec sa profession? — La Cour, après un long délibéré, et sur les conclusions conformes de M. Dupin, se prononce pour la souveraineté du conseil, au moins dans les deux premières hypothèses, car dans l'espèce qui lui donnait à examiner la difficulté soulevée par la troisième, le pourvoi formé par le procureur général est déclaré non recevable. Mais la doctrine contenue dans les deux arrêts est absolue, et ne comporte pas de distinctions. Pour exercer, dit en substance la Cour de cassation, il faut plusieurs conditions : le titre, le stage, l'inscription au tableau. Le titre appartient à toute personne qui a obtenu le grade de licencié en droit ; l'admission au stage, et l'inscription au tableau, dépendent de justifications de moralité et de dignité personnelles, dont l'appréciation est laissée au conseil de discipline, par l'ordonnance du 20 novembre 1822 (art. 12 et 13). — Or quelle est la nature de cette appréciation? C'est un acte qui tient au pouvoir administratif du conseil. Celui-ci possède, en effet, deux sortes d'attributions; les unes participent du pouvoir judiciaire, les autres du pouvoir administratif. En ce qui concerne les premières, au nombre desquelles, il faut ranger le droit de statuer sur des faits de discipline, l'appel peut être considéré comme étant de droit commun, et comme existant dès que la loi ne l'a pas clairement interdit. Mais il n'en est pas de même quand il s'agit d'un acte portant sur une appréciation de qualités personnelles, tel que l'admission au stage, ou l'inscription au tableau. L'admission ou le refus ne pourraient être réputés susceptibles d'appel que s'ils étaient déclarés tels par la loi. C'est pourquoi l'ordonnance (art. 24 et et 25) ne parle d'appel qu'en matière de peines disciplinaires; il peut être alors porté devant la Cour, dans certains cas, par l'avocat condamné, dans tous les cas par le procureur général. Nulle part, au contraire, il n'est question d'appel contre les décisions relatives à l'inscription au tableau ou à l'admission au stage. (mêmes articles et art. 27 et 28.) « Il résulte de ce silence que l'ordonnance a voulu conserver à l'Ordre lui-même, représenté par son Conseil, la responsabilité et l'honneur de la formation de son tableau[1]. »

[1] Arrêts du 22 janvier 1850. D. P. 50, I, 17. Aff. *Alain* et *Briquet*, M. Renouard, rapporteur.

Digitized by Google

Comme on le voit, c'est en s'attachant uniquement au caractère de la décision par laquelle le conseil prononce le refus d'inscription au tableau ou d'admission au stage, que la Cour de cassation résout la difficulté : ce refus est un acte administratif; il ne peut être dès lors frappé d'appel. A l'argument fondé sur la liberté du travail, la Cour répond que « la loi a placé la profession d'avocat au nombre de celles dont le libre exercice, au lieu d'être ouvert, sans conditions, à tout citoyen, se trouve soumis au contraire à certaines justifications de capacité et de moralité, » et l'appréciation de ces justifications, on vient de le dire, n'est qu'un acte administratif.

Sans chercher à faire voir, quant à présent, que la jurisprudence s'égare en cherchant ailleurs que dans le principe du libre exercice des professions, la solution du débat, il n'est pas difficile de démontrer que cette théorie, basée sur l'économie, et sur l'interprétation des différentes dispositions de l'ordonnance qui règlent les attributions du conseil de l'ordre, est entièrement arbitraire. — D'après l'ordonnance, en effet, le conseil a, non pas deux, mais trois attributions distinctes. L'article 12 ne laisse pas de doutes à ce sujet : « Les attributions du conseil de discipline, dit cet article, consistent : 1° à prononcer sur les difficultés relatives à l'inscription dans le tableau de l'Ordre ; 2° à exercer la surveillance que l'honneur et les intérêts de cet Ordre rendent nécessaire ; 3° à appliquer, lorsqu'il y a lieu, les mesures de discipline autorisées par les règlements. »

Après avoir établi cette division, l'auteur de l'ordonnance la développe et la confirme dans les dispositions suivantes ; il reprend les trois éléments dont elle se compose, et il les reprend en leur donnant le même rang que l'article 12 leur a déjà donné.

Ainsi le n° 1 de cet article a dit : « Le conseil de discipline prononce sur les difficultés relatives à l'inscription dans le tableau ; » l'article 13 complète cette indication sommaire en ajoutant : « Le conseil de discipline statue sur l'admission au stage des licenciés en droit qui ont prêté le serment d'avocat dans nos Cours royales, sur l'inscription au tableau des avocats stagiaires, après l'expiration de leur stage, et sur le rang de ceux qui ayant déjà été inscrits au tableau, et ayant abandonné la profession, se présenteront de nouveau pour la reprendre. » Telles

Digitized by Google

sont bien, en effet, toutes les difficultés qui peuvent s'élever relativement à l'inscription, soit dans ce tableau même, soit dans la liste des stagiaires qui en forme l'annexe.

Ainsi le n° 2 de l'article 12 a déclaré que le conseil de discipline est appelé « à exercer la surveillance que l'honneur et les intérêts de l'ordre rendent nécessaires. » A cette attribution générale correspond l'article 14 qui dispose : « Les conseils de discipline sont chargés de maintenir le sentiment de fidélité à la monarchie et aux institutions constitutionnelles, et les principes de modération, de désintéressement et de probité sur lesquels repose l'honneur de l'Ordre des avocats; ils surveillent les mœurs et la conduite des avocats stagiaires. »

Enfin, le n° 3 de l'article 12 dispose : « Le conseil applique les mesures de discipline autorisées par les règlements. » Et cette dernière disposition est à son tour reprise dans les articles 15 à 29, qui sont le commentaire du n° 3 de l'article 12, comme l'article 14 est le commentaire du n° 2, et l'article 13 celui du n° 1.

De là il résulte que le conseil de discipline a bien trois attributions, et trois attributions distinctes, puisque l'ordonnance a pris soin de formuler chacune d'elles dans des dispositions séparées. Il en résulte spécialement qu'on ne doit pas confondre le pouvoir de surveillance conféré au conseil par les articles 12, n° 2, et 14, avec celui qui lui est attribué par les articles 12, n° 1, et 13, relativement à la formation du tableau.

Cette conclusion, à laquelle conduit de prime saut l'économie de l'ordonnance, est confirmée par l'examen de chacune des attributions qu'elle a créées.— Les décisions par lesquelles le conseil applique des peines disciplinaires émanent évidemment du pouvoir judiciaire du conseil. Vis-à-vis de ces décisions le droit d'appel est écrit dans l'ordonnance de 1822 (art. 24), et par dérogation à l'article 29 du décret de 1810, en ce qui touche les deux cas d'interdiction à temps et de radiation. Les actes par lesquels le conseil exerce la surveillance nécessaire à l'honneur et aux intérêts de l'ordre dérivent de son pouvoir purement administratif, ils ne portent atteinte à aucun droit actuel, et contre eux l'ordonnance n'indique aucune voie de recours. Enfin, les décisions par lesquelles le conseil *prononce* ou *statue* (expressions identiques) sur l'admission au stage, l'inscription ou la réinscription au tableau, constituent

Digitized by Google

de véritables jugements, puisqu'il est de leur essence même de toucher à un droit acquis, au droit qu'a toute personne, lorsqu'elle remplit les conditions exigées par les lois et règlements, d'exercer la profession qui lui convient. Cela suffit pour justifier, dans le silence de l'ordonnance, la nécessité du recours devant l'autorité supérieure, car l'appel est de droit commun.

L'article 24 de l'ordonnance, aux termes duquel, dans le cas d'interdiction à temps ou de radiation, l'avocat condamné pourra interjeter appel devant la Cour du ressort, ajoute à ce raisonnement une force singulière. Comment admettre, en effet, que l'ordonnance qui a consacré le droit d'appel vis-à-vis d'une décision disciplinaire, prononçant une suspension de quelque mois, après une instruction et des débats contradictoires, puisse en avoir privé l'avocat auquel l'admission est refusée, sans qu'il ait été entendu dans ses explications, et sans motifs exprimés? Est-ce que le bon sens ne dit pas que ce refus est une radiation déguisée? Est-ce que les deux mesures n'aboutissent pas au même résultat : interdiction de la profession? — En vain prétendra-t-on, pour justifier une semblable inconséquence, que l'interdiction ou la radiation sont des peines frappant un avocat, et que le refus d'inscription, ou de réinscription, ou d'admission au stage, ne peut avoir ce caractère, puisque celui qui le subit n'est pas encore sur le tableau. En vain ajoute-t-on que le refus d'inscription ne constitue pas la chose jugée, et que l'avocat refusé pourra toujours se présenter et se faire accueillir, soit dans un autre barreau, soit même dans le barreau où il a essuyé un premier échec. L'une de ces objections se réfute d'elle-même : elle ne repose que sur une dispute de mots. Quant à l'autre, elle ne propose qu'un impuissant palliatif. Il sera toujours difficile et pénible de solliciter après une déconvenue. N'est-ce donc rien enfin, que d'être obligé de quitter le pays où vous rattachent des liens de famille, des relations sociales, qui vous donnent le légitime espoir du succès, tandis qu'ailleurs la carrière vous est fermée?

Les raisons qui précèdent vont du reste passer, l'une après l'autre, dans les décisions de la Cour, jusqu'à ce que l'arrêt du 29 juillet 1867 proclame le libre exercice des professions. Telle est la vertu des principes; on ne les oublie jamais im-

Digitized by Google

punément. On croit avoir construit, en les laissant de côté, une théorie inébranlable; à la première application, ils reparaissent et s'imposent.

Dix ans s'écoulent avant que la difficulté renaisse devant la Cour. En 1860, un avocat du barreau de Mâcon donne sa démission, parce qu'il va exercer des fonctions incompatibles avec sa profession. Quelque temps après, ayant renoncé à ces fonctions, il retire sa démission, et demande que son nom, qui n'avait pas encore été omis sur le tableau, y soit maintenu. Le tribunal de Mâcon, faisant fonctions de conseil de discipline, à cause de l'insuffisance du nombre des avocats (art. 10 de l'ord. de 1822), rejette cette demande. Le postulant interjette appel, et la Cour de Dijon repousse la fin de non-recevoir, tirée par le bâtonnier de la souveraineté du tribunal. Sur le pourvoi du bâtonnier, la chambre des requêtes (car le débat ne va pas jusqu'à la chambre civile) constate bien encore que les conseils de discipline ont le droit et le pouvoir de statuer souverainement à l'égard du licencié qui se présente pour être inscrit au tableau, et de rejeter sa demande. Mais elle décide qu'il n'en peut être ainsi, soit lorsqu'il s'agit d'un avocat déjà inscrit au tableau, dont l'exercice aurait été momentanément interrompu par l'acceptation de fonctions incompatibles avec sa profession, et qui, après la cessation de ces fonctions, se présente pour être réinscrit, soit lorsque la fonction qui créait l'obstacle ayant cessé avant que le nom de l'avocat ait été omis sur le tableau, celui-ci demande seulement le maintien de son nom. Dans ces deux cas, le refus de la réinscription, ou la prétérition du nom, équivalent à une radiation, d'où il suit qu'aux termes mêmes de l'article 24 de l'ordonnance, le droit d'appel est ouvert à la partie intéressée [1]. — C'est là, il faut en convenir, une première atteinte à la doctrine des arrêts de 1850, qui ne paraissait pas comporter d'exception.

L'année suivante, la question s'élève encore devant la même chambre, dans des circonstances spéciales, nées de l'annexion de la Savoie à la France. Un avocat de Tarascon, qui avait été inscrit au tableau, puis rayé, se présente au tribunal de Nice, muni de son diplôme de licencié et d'un certificat délivré

[1] Arrêt du 6 mars 1860. D. P. 1860, 1, 174. Affaire *Chaudon*.

Digitized by Google

par ses anciens confrères; il demande à exercer sa profession auprès de ce tribunal. A ce moment, l'arrondissement de Nice n'est plus piémontais, et il n'est pas encore soumis aux lois françaises sur l'organisation judiciaire, qui ne doivent être en vigueur qu'au 1er janvier 1861. Dans cette période de transition, le tribunal de Nice était la seule autorité compétente pour conférer aux avocats qui le demandaient le droit de plaider à sa barre. Cette autorisation écrite est donnée à l'avocat qui prend possession effective de la situation. Mais quand les anciens se réunissent pour former le tableau de l'Ordre, conformément aux dispositions de l'ordonnance, ils refusent d'y inscrire le nom de leur nouveau confrère. Faut-il assimiler cette hypothèse à celle dans laquelle nous nous trouvions tout à l'heure, et où il s'agissait d'une réinscription sur le même tableau? La chambre des requêtes répond affirmativement : « Attendu que la décision rendue dans ce cas n'est plus une de ces mesure d'ordre intérieur, que le conseil peut prendre souverainement, mais revêt le caractère d'une véritable décision disciplinaire, qui, en privant l'avocat *du droit qu'il avait acquis* dans les conditions que comportait le statut légal du barreau à cette époque, produit à son égard tous les effets d'une véritable radiation[1]. » Mêmes motifs que dans l'arrêt de 1860, avec ces deux différences toutefois, d'une part, que la Cour qualifie l'état de l'avocat de *droit acquis*, ce qui est un premier pas dans la voie de la vérité; d'autre part, qu'on ne trouve plus dans ces motifs de réserves relatives à la souveraineté de l'Ordre statuant sur les demandes des licenciés à fin d'inscription au tableau. Ce silence est d'autant plus significatif que le conseiller chargé du rapport dans cette affaire, sortant des limites du débat qu'il devait éclairer par son analyse et ses observations, s'était très-énergiquement prononcé contre cette souveraineté. Il faut remarquer en outre que les faits de cette affaire sont identiques à ceux de l'affaire *Briquet*, une de celles jugées par la chambre civile le 22 janvier 1850 : dans les deux cas, il s'agit d'un avocat inscrit sur un tableau, et demandant à être inscrit sur un autre. La seule dissemblance qu'on puisse signaler en fait

[1] Chambre des requêtes, 3 juillet 1861. D. P. 61, 1, 248. Affaire des *Avocats de Nice*.

Digitized by Google

entre les deux espèces, c'est que dans l'affaire des *Avocats de Nice*, l'impétrant avait été rayé du tableau des avocats de Tarascon, circonstance qui ne se rencontre pas dans l'espèce de 1850.

On peut dire du reste, que le jour où la Cour de cassation a admis le droit d'appel de l'avocat auquel le conseil refusait une réinscription après l'abandon momentané de la profession, elle a détruit implicitement la règle absolue qu'elle avait écrite dans ses premiers arrêts. L'ordonnance de 1822, par son article 13, place en effet, sur la même ligne, et comprend dans une même disposition, nous l'avons vu, l'admission au stage, l'inscription, et le rang en cas de réinscription, après abandon de l'exercice : « Le conseil statue sur l'admission au stage....., sur l'inscription au tableau des avocats stagiaires..... sur l'inscription au tableau..... et sur le rang de ceux qui, ayant été déjà inscrits au tableau, et ayant abandonné l'exercice de leur profession, se présenteraient de nouveau pour la reprendre.»— Qu'est-ce à dire, sinon que les attributions du conseil, relativement à ces trois points, se rattachent à une seule et même idée? Dans la pensée de l'auteur de l'ordonnance, le conseil doit évidemment statuer avec la même puissance de juridiction sur les difficultés qui peuvent exister dans les trois hypothèses prévues, et si vous permettez de frapper sa décision d'appel dans la dernière, c'est-à-dire au cas de réinscription, comment justifierez-vous le déni de ce droit dans les deux autres?—Remarquons en outre qu'au cas de réinscription, l'ordonnance ne parle pas du droit à la profession, du droit de se faire réinscrire, qui lui paraît sans doute incontestable, mais *du rang;* c'est sur *le rang* seulement que le conseil est appelé à statuer.

Aussi, en 1862, la Chambre Civile, saisie à son tour de la difficulté, n'hésite pas à revenir très-nettement sur sa propre jurisprudence. Elle décide, au rapport de M. le conseiller Sevin, et sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général de Raynal, « que l'ordonnance du 20 novembre 1822, en conférant aux conseils de discipline le droit de former le tableau de l'ordre des avocats, et de prononcer sur les difficultés relatives à l'inscription au tableau, n'a pu entendre, et n'a pas entendu porter atteinte à *des droits légitimement acquis;* que l'article 13 de cette ordonnance s'occupant des

Digitized by Google

avocats qui ayant déjà été inscrits au tableau, et ayant abandonné l'exercice de leur profession, se présenteraient de nouveau pour la reprendre, ne charge les conseils de discipline que de statuer sur le rang qui leur appartient dans le tableau ; que cette disposition s'explique par le respect dû *aux droits acquis.* » Et quand l'avocat a-t-il un droit acquis à l'exercice de la profession ? Quand « après l'accomplissement des conditions et des épreuves exigées par la loi, il a été inscrit au tableau d'une Cour ou d'un tribunal ; » après cette inscription, « s'il change de résidence, le refus d'inscription au tableau, cette inscription étant la condition de l'exercice de sa profession, est un acte qui le prive de sa profession légalement acquise, et équivaut par conséquent à la radiation du tableau[1]. » — Ainsi, cette théorie du *droit acquis* dont M. Dupin ne concédait le bénéfice qu'à l'avocat rayé du tableau par voie disciplinaire[2], la Cour de cassation l'applique à l'avocat qui veut se faire réinscrire, soit sur le même tableau, après une renonciation temporaire à l'exercice, soit sur un autre tableau, après un changement de résidence. Placée sur cette pente, la jurisprudence est amenée nécessairement à se demander, lorsque l'occasion s'en présentera, si le diplôme de licencié joint à la prestation du serment, ou le stage, avec l'aptitude qu'ils confèrent, ne constituent pas aussi une propriété, et la plus légitime de toutes, celle qui est le fruit du travail. Elle est déjà sollicitée en ce sens par M. le premier avocat général de Raynal, déclarant qu'à ses yeux l'avocat candidat au stage, et celui qui, après l'avoir terminé, demande à être inscrit pour la première fois au tableau, ont, eux aussi, des droits qui réclament protection, « car, dit-il, c'est peut-être à ce moment que se discuteront les questions les plus importantes pour l'avenir du candidat, celles qui touchent à sa capacité personnelle, à sa nationalité, au nom qu'il porte, à ses précédents[3]. »

En 1864, la chambre civile a indiqué qu'elle entendait persister dans cette jurisprudence, en rejétant le pourvoi formé par le bâtonnier de l'Ordre des avocats près la Cour d'Alger

[1] Arrêt du 16 décembre 1862. D. P. 62, 1, 497. Affaire *Chappuis.*
[2] Voy. son réquisitoire. D. P. 1850, 1. 17.
[3] Voy. le réquisitoire de M. de Raynal. Dallos, Pér. 1862, 1, 502.

Digitized by Google

contre un arrêt de cette Cour, infirmant une décision du Conseil, et décidant que les israélites algériens ont la qualité de Français, et peuvent dès lors être admis à l'exercice de la profession d'avocat. L'un des moyens du pourvoi rejeté était tiré de la violation des articles 13, 24 et 25 de l'ordonnance du 20 novembre 1822, en ce que la Cour d'Alger avait déclaré susceptible d'appel, la décision du Conseil refusant l'inscription au tableau d'un avocat qui n'y avait jamais été inscrit, mais qui avait appartenu au tableau des avocats attachés à une autre Cour [1].

Ainsi, la chambre civile était entrée dans la même voie que la chambre des requêtes : elle désertait la jurisprudence de 1850. On essayait vainement de le nier. On prétendait que les motifs qui avaient déterminé la Cour à cette époque n'étaient pas contredits par ceux des nouveaux arrêts; qu'ils devaient garder dès lors leur autorité sur les questions de stage et d'inscription, que les dernières décisions n'avaient point touchées. Cette manière de voir était fort contestable, l'événement l'a prouvé. Rappelons-nous, en effet, quel était le motif essentiel des arrêts du 22 janvier 1850 : les attributions du Conseil, en ce qui touche l'admission au stage et l'inscription au tableau, tiennent à son pouvoir administratif, parce qu'elles consistent dans une appréciation des qualités personnelles du demandeur. Or n'est-il pas manifeste que lorsqu'un avocat réclame sa réinscription, après avoir abandonné l'exercice de la profession pendant un temps plus ou moins prolongé, le conseil, ayant à statuer sur cette demande doit précisément apprécier la justification de son honorabilité? Il n'a même pas, à vrai dire, d'autre examen à faire. Si donc, en ce cas spécial, la Cour impériale est compétente pour reviser la décision du Conseil de l'Ordre, pourquoi ne le serait-elle pas pour contrôler la même appréciation relativement au licencié qui veut être stagiaire, ou au stagiaire qui veut être inscrit? — Dès qu'il est reconnu d'ailleurs, que l'ancien avocat démissionnaire peut appeler de la sentence qui refuse d'accueillir sa demande en réinscription, peut-on, au moins pour les avocats ayant accompli leur stage, et se présentant à l'inscription, leur dénier la

[1] Voy. Ch. civ., 15 février 1864 (D. P. 1864, 1, 67). Affaire *Enos*.

Digitized by Google

même faculté, alors qu'ils ont la possession actuelle du droit de plaider ?

Quoi qu'il en soit, jusqu'ici nous avions vu la Cour suprême hésiter à écrire dans ses arrêts le grand principe qui domine toutes ces raisons secondaires. Mais le moment est venu où ses hésitations vont cesser.

III.

Avant 1789, comme on le sait, le travail était soumis au régime des jurandes et maîtrises. Les corporations avaient des statuts, dont la clause principale excluait du droit d'exercer la profession commune, quiconque n'avait pas été reçu par les membres de la communauté. La plupart des corporations étaient autorisées par lettre du roi, moyennant finance, et ce moyen de battre monnaie avait été si bien apprécié par ceux qui en tiraient profit, que pendant longtemps le droit de travailler avait été regardé comme un droit royal, vendu par le prince, et acheté par les sujets. On est heureux de rencontrer dans le préambule de l'édit de février 1776, œuvre de Turgot, ces nobles paroles, à côté de la constatation de ce monstrueux abus : « Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tous les hommes, et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes [1]. »

Inutile d'observer que l'Ordre des avocats, sous ce régime, n'était placé, ni par l'opinion publique, ni par la législation parmi *les corps d'arts et métiers*. Si l'on devait admettre cependant qu'à cette époque, au moins dans le barreau du Parlement, régnaient en même temps ces deux maximes : l'ordre est maître de son tableau, — l'inscription est nécessaire à l'exercice de la profession, — il faudrait convenir que l'Ordre des avocats, s'il n'était pas compris dans la désignation que nous rappelions tout à l'heure, avait au moins l'organisation même qui caractérisait les corporations. Mais ce n'est pas là, nous l'a-

[1] Préambule de l'édit de février 1776 portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers (Isambert, t. XXIII, p. 370). Cet édit fut modifié très-peu de temps après avoir été rendu.

Digitized by Google

vons dit plus haut, le véritable état des choses. Avant la Révolution, l'Ordre constituait en fait, sinon en théorie, une association volontaire. Il offrait l'exemple d'une aristocratie en harmonie avec les idées du temps, sans que l'exclusion atteignît l'homme dans ses moyens d'existence. La loi, du reste, n'avait pas encore fixé d'une manière rigoureuse les conditions d'aptitude; ces conditions dépendaient du collége lui-même, ou de la juridiction à laquelle il était attaché.

Il est à remarquer toutefois, que l'acte législatif qui prononce l'abolition de l'Ordre d'une manière subreptice, pour ainsi dire, paraît l'avoir considéré comme constituant une corporation. L'article 10, du décret des 2-11 septembre 1790, sur l'organisation judiciaire, article par lequel l'Assemblée constituante règle le costume des juges, commissaires du roi, greffiers et huissiers, ajoute dans son dernier paragraphe : « Les hommes de loi, ci-devant appelés avocats, *ne devant former ni ordre ni corporation,* n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions. » Chose singulière! bien que l'assemblée renfermât alors dans son sein plusieurs membres éminents du barreau de Paris, Tronchet, Target, Treilhard, Camus, pas une voix ne s'éleva pour défendre la Compagnie. Fournel raconte que ce fut un sacrifice volontaire, et qu'ils préférèrent voir disparaître leur Ordre avec les Parlements, que de continuer un exercice sans dignité auprès des tribunaux inférieurs. M. Dupin s'écrie : « C'était la vieille garde emportant ses drapeaux! » Il vaut mieux voir dans ce silence le signe d'une résignation inspirée par le sentiment vrai des exigences de l'opinion publique, très-animée alors contre les institutions qui paraissaient constituer un privilége, qu'une concession faite à la vanité. On doit regretter cette résolution quel que soit le motif que l'ait dictée. Nul ne peut dire l'influence qu'eût exercée sur les événements un collége illustré par d'aussi grands talents et d'aussi grands souvenirs.

Les efforts de Turgot avaient été impuissants, et c'est à l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 qu'il faut se reporter pour trouver le principe de la liberté des professions. Cette loi était une loi de finances : elle organisait l'impôt de la patente. Mais la discussion qui l'a précédée, et le texte même de l'article 7, font voir qu'on entendait soumettre alors au même niveau les professions qualifiées de libérales, et les professions

Digitized by Google

industrielles. Cette distinction entre les différentes manifestations de l'activité humaine est raisonnable sans doute, si l'on se borne à considérer leur objet, et leur mode d'exercice. Mais le législateur ne doit pas en tenir compte dans une société démocratique, où il n'y a pas de rang entre les divers états[1]. « A dater du 1er avril prochain, disait l'article 7 de la loi de 1791, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon. » Ainsi, l'Assemblée constituante avait le soin d'employer, pour rendre sa pensée, des expressions variées et extensives, s'appliquant à tous les genres de travaux.

La liberté du travail, le libre exercice de toute espèce de professions, font donc aujourd'hui, et depuis longtemps, partie de notre droit public. Cette liberté est comprise dans ces principes « reconnus, confirmés et garantis » par la Constitution de 1852. Résultant implicitement de l'abolition du régime féodal par le décret du 4 août 1789, elle a été successivement écrite dans les déclarations qui servaient de préambule aux Constitutions de 1793, de l'an III et de 1848. Elle est d'ailleurs un de ces droits naturels et absolus, qui n'ont pas besoin d'être insérés dans les constitutions politiques[2].

La profession d'avocats et le libre exercice de cette profession sont donc de droit public; la carrière est ouverte, en thèse générale, à tous ceux qui veulent y entrer.

Telle est la base solide de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 29 juillet 1867. En comparant cet arrêt au réquisitoire prononcé en 1850, on arrive à de curieux rapprochements. M. Dupin traitait à cette époque, avec un profond dédain, la loi de 1791 ; analysant les moyens présentés dans les mémoires produits au procès, il signalait l'objection (ce n'était alors qu'une objection) qu'on avait tirée de l'article 7 de cette loi. « Ainsi, disait-il, le droit à la plaidoirie viendrait se placer à côté du droit au travail! Je félicite les avocats de n'avoir pas reproduit à l'audience cette étrange assimilation qui tendrait à effacer la distinction qu'on a toujours faite entre les professions libérales et les autres professions[3]. » M. Dupin confon-

[1] Voy. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, p. 431, note. — Voy. la loi du 18 mai 1850 sur les patentes.

[2] M. Serrigny, *Droit public*, t. I, p. 131.

[3] Réquisitoire de M. Dupin. Dalloz, Rec. pér. 1850, 1, 21.

Digitized by Google

dait deux choses essentiellement différentes, et c'était à tort qu'il félicitait les avocats de n'avoir pas fait à l'audience l'assimilation qu'il leur reprochait mal à propos d'avoir laissé échapper dans l'instruction; elle n'était pas plus dans leurs écrits que dans leurs discours. Ils avaient distingué soigneusement, en effet, *le droit de travailler*, *du droit au travail;* les souvenirs de 1848 étaient donc inopportuns. Aussi qu'est-il arrivé? Par des brèches successives, faites incessamment à la théorie de la Cour par la Cour elle-même, la vérité peu à peu est apparue, et elle brille de tout son éclat dans les plus récents arrêts. L'objection de 1850 est devenue, en 1867, le principe même de la jurisprudence.

A ce principe, il y a une restriction sans doute, mais elle est aussi de droit commun : celui qui veut exercer la profession d'avocat doit se soumettre aux conditions déterminées par les lois et règlements. Ici encore nous nous trouvons en opposition avec M. Dupin. Très-partisan de la réglementation, il n'y a pour lui aucune liberté « qui ne soit, ne puisse être, ou ne doive être réglementée par les lois. » Les licenciés, obligés de passer par l'épreuve de leur inscription au tableau, sont dans la position de tous ceux dont la profession est assujettie à des conditions d'études, de concours et d'admission. C'est ainsi que pour entrer à l'École polytechnique, il faut passer par un jury d'examen, sans que les candidats refusés puissent appeler de ce refus, ni se plaindre qu'on leur ferme une carrière à laquelle ils s'étaient préparés longuement, et par de coûteux sacrifices. C'est ainsi qu'en matière universitaire, il n'existe aucune voie d'appel contre les refus d'admission dans les examens ou les concours Là, comme devant le Conseil de discipline des avocats, la liberté, l'égalité, consistent dans le droit accordé à tous de se présenter et de se faire admettre, en remplissant les conditions nécessaires pour être admis.

Nous répéterons, après le M. Procureur général Delangle, successeur de M. Dupin au parquet de la Cour de cassation, « que la comparaison manque d'exactitude[1]. » Elle met encore en présence deux ordres de faits entièrement dissemblables.

En France, le pouvoir législatif a seul autorité pour décréter

[1] Réquisitoire dans l'affaire des *Avocats de Vesoul*. D. P. 67, 1, 322.

Digitized by Google

les dispositions fondamentales qui constituent une loi. Les dispositions secondaires destinées à mettre la loi en action, exigent un examen trop minutieux, des dispositions trop spéciales, pour qu'il puisse les prendre lui-même. Il délègue donc ce droit au pouvoir exécutif. C'est cette délégation qui constitue le pouvoir réglementaire, dont l'exercice ne peut, et ne doit tendre qu'à l'exécution de la loi. Des règlements ont donc pu instituer, et ont institué, pour les études juridiques, comme pour les études qui conduisent aux écoles spéciales, ou aux grades universitaires, des examens, des concours, dans lesquels les conditions de capacité et d'admissibilité sont laissées, il est vrai, à l'appréciation souveraine de la conscience des examinateurs ou des juges. Mais, outre que les ordonnances n'ont rien organisé de semblable pour l'admission au stage, ou l'inscription au tableau, outre qu'il y a dans ces institutions un jugement toujours plein de garanties, et presque indéfiniment réparable en cas d'erreur, on ne rencontre pas dans ces différentes hypothèses une compagnie d'hommes exerçant une même profession, ayant le droit d'admettre ou de refuser sans contrôle ceux qui se présentent pour l'exercer. Les règlements ont donc pu, même en présence de la loi de 1791, créer des jurys chargés d'admettre ou d'éliminer les candidats à la licence, à l'École polytechnique, à une chaire d'agrégé ; ils n'auraient pu subordonner l'exercice d'une profession quelconque à l'autorisation sans contrôle de ceux qui l'exercent, c'est-à-dire l'organiser en corporation. Ce ne serait plus réglementer la profession, ce serait en fermer l'accès ; ce serait, en un mot, abroger, dans un cas donné, le principe écrit dans la loi de 1791.

Il nous reste à faire connaître dans quelles circonstances ont été rendus les deux derniers arrêts de la Cour de cassation, en tête desquels ce principe se trouve placé.

Le conflit s'élevait, dans l'espèce jugée par le premier de ces arrêts, entre un avocat ayant terminé son stage, et le conseil de l'Ordre auquel il demandait l'inscription au tableau. Le conseil élimine son nom de la liste des stagiaires, et refuse de l'inscrire. — Cette décision sera-t-elle souveraine?

Pour soutenir l'affirmative, on disait : le droit des stagiaires est incomplet et provisoire ; ils ne font point partie du tableau (art. 33 de l'ord. de 1822) ; avant vingt-deux ans ils ne peu-

Digitized by Google

vent plaider ou écrire sans une autorisation du bâtonnier (art. 34 et 36, *id.*); ils ne concourent pas aux élections du conseil (ord. de 1830, et décret du 27 mars 1852); enfin la loi de 1850 ne les soumet pas à la patente. A leur égard, l'omission ou le refus d'inscription ne peuvent être considérés comme étant l'équivalent d'une radiation, car le stagiaire n'a pas la plénitude du droit que possède l'avocat inscrit; il ressort de l'ensemble des dispositions qui le concernent que sa situation dépend entièrement du conseil de l'ordre. — On répondait : les avocats stagiaires ont des droits moins étendus, à la vérité, mais de même nature que ceux des avocats inscrits; l'appel étant de règle commune, et d'ailleurs spécialement édicté par l'ordonnance pour l'interdiction à temps, doit nécessairement s'appliquer aux décisions qui, en éliminant purement et simplement un avocat admis au stage de la liste des stagiaires, brisent sa carrière, et lui enlèvent un droit acquis; au surplus une élimination du stage, combinée avec un refus d'inscription au tableau, constitue évidemment une radiation déguisée, qui ne saurait être, aux termes mêmes de l'ordonnance, prononcée, sans aucun recours, par le conseil de discipline.

La Cour de cassation, mieux inspirée que dans ses précédentes décisions, n'a pas essayé cette fois de faire un arrêt d'espèce, en réservant la question de l'admission au stage : « Attendu, dit-elle, que *la profession d'avocat* et *le libre exercice de cette profession*, sous les conditions déterminées par les lois et règlements, *sont de droit public.* » Puis viennent les conséquences du principe : lorsque le Conseil statuant sur le droit qu'un avocat prétend avoir acquis à l'exercice de sa profession, lui refuse l'inscription, qui en est la reconnaissance officielle indispensable, il agit nécessairement comme une autorité publique chargée de rendre justice. Sa décision, pouvant blesser un droit, ne saurait être affranchie de tout recours; ce recours, ce ne peut être que l'appel, qui existe toujours en faveur de la partie à laquelle une décision enlève une qualité ou une propriété d'une importance indéterminée, comme l'est, pour un avocat, la profession qui renferme son avenir[1].

Après cet arrêt, tout était dit; il semblait impossible, désormais,

[1] Chambre civile, 29 juillet 1867. M. Quesnault, rapporteur, M. le Proc. gén. Delangle concl. conf. Affaire des *Avocats de Vesoul* (D. P. 67, 1, 321).

Digitized by Google

de contester au licencié dont la demande d'admission au stage aurait été repoussée, le droit d'appeler de ce refus. Cette contestation s'est produite cependant, et la Cour de Cassation a fait un dernier pas. Sa décision la plus récente a été rendue sur le pourvoi formé par un candidat au stage, qui avait exercé les fonctions d'huissier. Le conseil de l'Ordre des avocats de Valenciennes, tout en constatant dans les motifs de sa délibération la parfaite honorabilité du demandeur, avait refusé l'admission, en considérant qu'il existait entre la profession d'avocat, et la qualité d'ancien huissier, une incompatibilité absolue. Devant la Cour de Douai, saisie par appel, l'Ordre des avocats de Valenciennes opposait l'exception de non-recevabilité, et soutenait, au fond, le bien jugé de sa décision. La Cour, après avoir rejeté l'exception par un premier arrêt, avait statué au fond, en déclarant que « l'incompatibilité ne résultait d'aucun texte de loi, et qu'il n'appartenait à personne de la créer d'une manière générale [1]. » Les avocats de Valenciennes s'étaient pourvus devant la Cour de cassation contre ces deux arrêts ; leur pourvoi a été rejeté le 8 janvier 1868, au rapport de M. le conseiller Quesnault, et sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général De Raynal. Dans ce dernier cas, comme dans le précédent, le diplôme obtenu au prix de plusieurs années de sacrifices, et la prestation de serment, constituent le principe d'un droit. Les conseils de discipline ne peuvent restreindre l'accès de la profession, en y mettant des conditions qu'aucun règlement n'a établies, et en créant des incompatibilités entre cette profession, et l'exercice antérieur d'autres fonctions, qui, lorsqu'il a toujours été honorable, ne saurait être un motif d'exclusion. Tels sont les principaux motifs de cet arrêt, encore inédit au moment où nous écrivons.

Il ne reste donc plus rien aujourd'hui de la règle absolue posée dans les arrêts de 1850. La maîtrise des avocats sur leur tableau ne demeure entière que vis-à-vis du ministère public. Une seule difficulté peut encore surgir devant la Cour de cas-

[1] Voy. dans le même sens : Dijon, 2 janvier 1866, avec cette nuance toutefois, que dans l'espèce jugée par la Cour de Dijon, le demandeur avait été avocat avant d'être huissier, de telle sorte qu'il s'agissait d'une *réinscription* (D. P. 67, 2, 93).

Digitized by Google

sation, quant à la souveraineté du Conseil de l'Ordre. Faudra-t-il distinguer entre les questions d'incompatibilité, ou les questions que soulève l'application des lois et règlements auxquels est soumis l'exercice de la profession d'avocat, et le cas où la décision du conseil porte seulement sur l'appréciation de la moralité et de l'honorabilité personnelle du postulant? Cette distinction a été accueillie avec faveur par les Cours impériales[1], mais elle nous semble avoir peu de chances de succès devant la Cour suprême, à cause de la généralité du principe qui sert de point de départ à sa nouvelle jurisprudence. Peut-être même pour elle cette difficulté n'est-elle plus entière. En se reportant en effet à l'arrêt rendu dans l'affaire des *Avocats de Nice*, on s'aperçoit que la décision du Conseil qui avait refusé l'inscription était motivée sur l'appréciation de la moralité du postulant. Cette circonstance n'a pas empêché la Cour d'Aix, et, après elle, la Cour de cassation, de déclarer l'appel recevable. Il faut reconnaître cependant, que l'arrêt du 8 janvier 1868 paraît réserver cette question, en disant dans ses motifs « qu'il appartient aux Conseils de discipline de faire la vérification des conditions de moralité dans le postulant, avec la latitude d'appréciation que cette vérification comporte. »

Nous avons essayé, dans l'étude qui précède, de montrer quelle était, entre les deux thèses en présence, la seule conforme au droit. Notre opinion est le résultat d'une conviction raisonnée et sincère. Nous savons que nous sommes en contradiction avec d'excellents et sympathiques esprits, et que nous nous exposons à froisser les susceptibilités les plus respectables[2]. Si nous avons eu le courage, après MM. Demolombe et Dalloz, d'exprimer notre manière de voir sur

[1] Voy. Bastia, 17 novembre 1855. D. P. 56, 2, 254; — Alger, 24 février 1862. D. P. 62, 2, 178; — Agen, 12 mai 1862, *eod.*

[2] Voy. en faveur de la souveraineté de l'Ordre sur son tableau: MM. Mollot, t. I, p. 327 et suiv. — M. Morin, *Discipline judiciaire.* — n°s 144 et 541. — M. Phil. Dupin, *Encyclopédie du droit*, v° *Avocat.* — M. J. Le Berquier, *le Tableau des avocats.* — Contr.: M. Demolombe, *Consultation*, D. P. 38, 2, 103. — M. Dalloz, *Nouveau répertoire*, v° *Avocat*, n°s 107 et suiv., 137 et suiv. Note sur les arrêts de 1850, etc.

Digitized by Google

cette difficulté, c'est qu'à nos yeux la vérité doit passer avant tout. Nous croyons fermement, qu'un pouvoir sans contrôle est une cause d'affaiblissement, parce qu'il est une cause d'erreur. Nul ne peut d'ailleurs avoir la prétention de se mettre au-dessus du droit; le jour où l'on arriverait à faire consacrer définitivement une doctrine contraire serait en réalité le dernier de l'indépendance du barreau, et de la liberté des citoyens.

CH. MAZEAU.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence criminelle.

Par M. HECQUET DE ROQUEMONT,
Docteur en droit, conseiller à la Cour impériale d'Amiens.

Lorsque, sur une poursuite en adultère, la femme excipe de la nullité de son mariage, l'exception est elle préjudicielle? Y a-t-il lieu de distinguer si la nullité invoquée est une nullité absolue ou relative?

Si l'exception est préjudicielle, quelles sont, au point de vue des textes, les dispositions de la législation en vigueur sur lesquelles se fonde le renvoi devant la juridiction civile?

Les questions ci-dessus se sont élevées dans le cours des poursuites dirigées pour adultère et complicité de ce délit contre la femme Simon et le nommé Walther.

Le jugement, rendu le 8 août 1866 par la sixième chambre du tribunal de la Seine, et confirmé le 20 décembre suivant par un arrêt de la Cour impériale de Paris, a décidé que l'exception fondée sur un moyen de nullité relative n'était pas recevable. La femme Simon s'étant pourvue contre cet arrêt, la Cour de cassation l'a cassé le 13 avril 1867.

Ce dernier arrêt proscrit avec raison, ce nous semble, la distinction consacrée en matière de bigamie dans la note du président Barris du 5 novembre 1813, à laquelle la Cour de cassation à l'unanimité et son procureur général Merlin ont donné leur adhésion [1]. Cette distinction ne s'appuie en effet

[1] Le texte de cette note est reproduit par Mangin dans son ouvrage sur les actions publique et civile, n° 240.

Digitized by Google

ni sur les principes généraux du droit, ni sur la jurisprudence ancienne, ni sur la législation moderne. Les circonstances, qui l'ont amenée, sont : l'interprétation judaïque donnée par la Cour de cassation à l'article 33 du titre 2, 2e partie, du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791, qui punit la bigamie, les efforts de Merlin pour restreindre cette interprétation, dans ce qu'elle avait du moins de trop absolu, et le concours fortuit des espèces sur lesquelles la Cour de cassation avait été appelée à statuer.

L'article 33 précité porte : « Toute personne engagée dans « les liens du mariage, qui en contractera un second avant la « dissolution du premier[1], sera punie de douze années de « fers. En cas d'accusation de ce crime, l'exception de bonne « foi pourra être admise lorsqu'elle sera prouvée. »

Selon la Cour de cassation, il résultait de ce texte que la peine de la bigamie était encourue par toute personne qui, avant d'avoir fait annuler un premier mariage, avait passé outre à la célébration d'un second, quelle qu'en fût aussi la validité.

L'arrêt de rejet *Bauzin*, du 19 novembre 1807[2], porte :

« ...Attendu, sur le second moyen, que le second mariage « du réclamant ayant les formes extérieures de la loi, sa nul- « lité n'aurait point couvert le délit et que dès lors il n'y avait « lieu à aucune question préjudicielle;

« Attendu, sur le troisième moyen, qu'on n'a point dû poser « la question de savoir s'il y avait un second mariage célébré; « qu'il a suffi, ainsi qu'il a été fait, qu'il fût demandé aux « jurés s'il avait été contracté un second mariage avant la « dissolution du premier. »

« Il me semble, dit Merlin à la suite de l'arrêt précité, que « cet arrêt aurait été motivé, quant au deuxième et au troi- « sième moyen, d'une manière plus conforme aux vrais prin- « cipes, si l'on eût dit que l'accusé n'ayant point excipé de- « vant la Cour de justice criminelle de la prétendue nullité de « son deuxième mariage il était non recevable à soutenir que « cette Cour eût dû renvoyer aux juges civils une question

[1] La première partie de cet article est presque littéralement reproduite dans l'article 340 du Code pénal de 1810.

[2] Voy. Dalloz, 1er *recueil alphab.*, v° *Bigamie*, p. 248, ou Merlin, *Rép.*, v° *Bigamie*, p. 169, note 1.

Digitized by Google

« qu'il n'avait pas proposée devant elle et qu'elle n'avait pas « dû élever d'office ; que d'ailleurs elle aurait été compétente « pour résoudre elle-même cette question, puisque étant juge « de la criminalité du deuxième mariage, elle l'était nécessai- « rement de sa validité ou de sa nullité. »

Dans l'affaire *Barbier*, jugée par la Cour de cassation le 1er mars 1811 [1], c'est le premier mariage qui était argué de nullité;

« La Cour, attendu qu'un mariage contracté devant les « officiers, chargés par la loi d'en recevoir l'acte, est, de « droit, réputé avoir été contracté régulièrement et forme un « lien civil jusqu'à ce que la nullité en ait été prononcée par « les tribunaux compétents; qu'il suffit pour constituer en « bigamie et soumettre aux peines de ce crime celui qui, avant « d'en avoir ainsi obtenu l'annulation, ou avant que sa disso- « lution légale ait été opérée par la mort ou le divorce, se « permet d'en contracter un second ; que l'arrêt de la Cour de « justice criminelle du département du Mont-Tonnerre n'avait « qu'à faire déclarer par le jury si le prévenu était engagé « dans les liens d'un premier mariage, lorsqu'il en avait con- « tracté un second, et s'il y avait preuve d'une exception de « bonne foi qui pût être admise [2] ; que ces faits, qui ne pré- « sentaient aucune question de droit à décider, ne pouvaient « constituer une question préjudicielle qui rentrât dans les « attributions du tribunal civil et dût suspendre l'action de la « justice criminelle; que l'arrêt de la Cour de justice crimi- « nelle du Mont-Tonnerre, rendu le 16 janvier dernier, en « ordonnant (avant de prononcer sur l'accusation de bigamie) « le renvoi des pièces devant les tribunaux civils pour statuer « préliminairement sur la question *de l'existence et de la va- « lidité* du premier mariage et que cependant le prévenu « serait provisoirement mis en liberté, a contrevenu aux « règles de compétence et commis excès de pouvoir et déni de « justice,

« Casse et annule [3]. »

[1] Voy. Dalloz, 1er *rec. alphab.*, v° *Bigamie*, p. 242, ou Merlin, *Rép.*, v° *Bigamie*, p. 168, note 1.

[2] Voy. dans sa disposition finale l'art. 33 précité de la 2e partie, titre 2, du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791.

[3] MM. Barris, président; Liborel, rapporteur.

Digitized by Google

Devant la Cour de renvoi, l'accusé ayant nié formellement l'existence d'un premier mariage, un sursis fut ordonné jusqu'à ce qu'il eût été statué par les juges civils sur cette exception.

Sur le pourvoi dirigé contre cette décision par le procureur général,

« La Cour, attendu qu'à l'ouverture des débats devant la « Cour d'assises, le défenseur de l'accusé a contesté formelle- « ment l'existence d'un premier mariage ; que rien dans l'arrêt « attaqué ne détruit cette allégation dont il a été donné acte à « l'accusé ; qu'il y est même reconnu qu'aucun acte de célé- « bration n'a été représenté ; qu'en renvoyant, en cet état de « l'affaire, devant les tribunaux civils, pour faire juger la « question préjudicielle, que la défense de l'accusé faisait naî- « tre, celle de savoir s'il avait existé véritablement un premier « mariage, la Cour d'assises a fait une juste application des « dispositions du Code civil et que, sous ce rapport, son arrêt « n'est point en opposition avec le principe qui a servi de « motif à l'arrêt rendu par la Cour le 1er mars dernier, sur le- « quel s'appuie le procureur général,

« Rejette [1]. »

Carnot, *Commentaire sur l'article* 3 *du Code d'instruction criminelle*, n° 48, et, après lui, Dalloz 1er *rec. alphab.*, v° *Bigamie*, p. 243, note 1, cherchent à expliquer les deux arrêts, qui précèdent, à l'aide du Code pénal de 1791, sous l'empire duquel aurait été contracté (le 12 février 1807) le mariage constituant, d'après l'accusation, le crime de bigamie.

« Le rapprochement des deux arrêts, dit M. Dalloz, montre « que le moyen de nullité rentrait dans l'exception de bonne « foi, admise par la loi de 1791 et soumise à l'appréciation « exclusive des tribunaux criminels. »

Il est impossible cependant de se méprendre sur le principe nettement posé en tête du premier de ces deux arrêts. La question de bonne foi fondée sur le Code de 1791 n'occupe dans l'arrêt qu'une place secondaire ; c'est l'exception qui vient après l'accusation principale. Quant à l'accusation principale, elle est justifiée, d'après les prémisses posées par l'arrêt, s'il est établi que l'accusé avait contracté devant les officiers chargés

[1] 25 juillet 1811, MM. Barris, président ; Rataud, rapporteur, *loc. cit.*

Digitized by Google

d'en recevoir l'acte un premier mariage non encore annulé ni dissous lors de la célébration du second. C'est là, dit l'arrêt, un fait que la Cour de justice criminelle devait faire déclarer par le jury et qui ne comportait ni question préjudicielle ni renvoi devant les tribunaux civils. En renvoyant devant ces tribunaux, à l'effet de faire décider si le premier mariage était valable ou non, cette Cour a contrevenu aux règles de compétence, commis excès de pouvoir et déni de justice et encouru la cassation.

Le second arrêt ne modifie le premier qu'en ce que celui-ci ayant par une rédaction trop absolue refusé de considérer comme préjudicielle la question de l'*existence* et de la validité du premier mariage, il distingue entre l'une et l'autre, confirmant, en ce qui touche la *validité*, le principe posé par le précédent arrêt [1]. C'est parce que la Cour de cassation était imbue de ce principe et tenait à ne pas s'en départir qu'elle était amenée à considérer comme préjudicielle la question de l'*existence* d'un premier mariage, laquelle cependant, étant de pur fait, rentrait exclusivement dans les attributions du Jury [2]. Par une inversion singulière et par suite de l'application d'un faux principe, la Cour de cassation considérait comme préjudicielle une question de fait et réservait au jury l'appréciation d'une question de droit.

Quelques jours après, le 8 août 1811, les réflexions de la Cour de cassation étaient appelées de la manière la plus sérieuse sur le même sujet par le procureur général Merlin dans l'affaire *Billecart*. Après avoir invoqué l'ancienne jurisprudence et cité à l'appui trois arrêts (dont un au moins, celui du 11 mars 1760, était rendu dans un cas de nullité relative, la violence), Merlin observe que les lois nouvelles, loin de déroger à cette jurisprudence, l'ont confirmée de la manière la moins équivoque. Les mots *liens* et *dissolution* dans les articles des Codes de 1791 et de 1810, qui punissent la bigamie, lui paraissent décisifs. « D'une part, dit-il, le mariage ne lie que « ceux qui le contractent valablement; un mariage nul n'im- « pose aucun *lien* à ceux qui le contractent. De l'autre, la *dis-*

[1] Voy. Demante, I, n° 271 *bis*, p. 373 sur les notes 1 et 2.

[2] Merlin toutefois, loin de critiquer cette décision, l'invoque à l'appui de sa thèse dans son réquisitoire du 8 août 1811.

Digitized by Google

« *solution* d'un mariage en suppose nécessairement la validité. « Le divorce, la mort dissolvent un mariage qui a été contracté « valablement; mais on ne dissout jamais un mariage nul; on « déclare seulement qu'il n'existe pas. »

Abordant la présomption invoquée par la Cour de cassation dans son arrêt du 1er mars 1811, Merlin ajoute : « Des présomp- « tions ne peuvent jamais empêcher l'effet de la vérité lors- « qu'elle vient à se manifester. Elles ne peuvent conséquemment « pas empêcher qu'un mariage reconnu pour nul par un jugement « ne soit déclaré tel, non-seulement à compter du jour de « son annulation, mais même dès son principe, dès l'instant « qu'il a été contracté. » Ce langage comprend évidemment dans sa généralité les nullités absolues et les nullités relatives, sans aucune distinction entre les unes et les autres. La suite de la discussion dans le réquisitoire ne permet au surplus aucun doute sur ce point.

Arrivant enfin à l'examen des nullités proposées par Billecart et sans distinguer entre celles qui, comme la première (défaut de consentement du père), sont relatives et celles auxquelles on pourrait contester ce caractère, il établit que ces nullités sont toutes couvertes et il conclut au rejet du pourvoi par ce dernier motif.

C'est aussi sur ce motif qu'est fondé l'arrêt de rejet prononcé le même jour dans cette affaire par la Cour de cassation [1].

Dans l'affaire du nommé Bernard, dont le premier mariage avait eu lieu sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, l'accusé excipait de nullités relatives que, d'après cette même jurisprudence, ses père et mère auraient pu seuls invoquer, et sur les conclusions de Merlin, la Cour de cassation rendait, le 17 décembre 1812, un arrêt de rejet [2] fondé sur ce que les nullités alléguées par le réclamant *n'étaient point absolues, mais purement relatives aux droits de ses père et mère pour réclamer l'annulation du premier mariage.*

Les nullités relatives, invoquées par le réclamant dans l'espèce, ne pouvant faire de sa part l'objet d'une demande en

[1] MM. Barris, président; Bailly, rapporteur. Voy. Dalloz, *Anc. rec. alphab.*, v° *Bigamie*, p. 243, et Merlin, *Rép.*, h. v., p. 173.

[2] MM. Barris, président; Busschop, rapporteur. Voy. Dalloz, *loc. cit.*, p. 245, et Merlin, *loc. cit.*, p. 176.

Digitized by Google

nullité de mariage, mais seulement de la part de ses père et mère, on pouvait se demander encore si la Cour de cassation aurait également rejeté un moyen de nullité relative dont il aurait été personnellement habile à se prévaloir, en d'autres termes si la Cour entendait établir une distinction tranchée entre les nullités absolues et les nullités relatives.

Les doutes à cet égard ont été complétement dissipés par la note du 5 novembre 1813.

Cette note paraît être une transaction entre l'opinion de la Cour de cassation formulée dans l'arrêt *Barbier* du 1er mars 1811 et celle de Merlin exprimée dans son réquisitoire, affaire *Billecart*, du 8 août 1811. La transaction était même indiquée d'avance dans l'arrêt Billecart du 8 août 1811, dans lequel la Cour de cassation fondait le rejet du pourvoi sur ce que les nullités étaient couvertes et dans le réquisitoire, affaire *Bernard*, du 17 décembre 1812, où Merlin semble n'avoir combattu précédemment que l'opinion qui se refuse à tenir compte d'une nullité absolue du premier mariage [1]. Malheureusement, la nullité relative, alléguée par l'accusé dans cette dernière affaire et basée sur le défaut de consentement de ses père et mère, ne pouvait être invoquée que par ceux-ci sous l'ancienne jurisprudence sous l'empire de laquelle avait été contracté le premier mariage [2]. Si ce mariage avait été contracté sous le Code, la nullité, en admettant que l'accusé ne l'eût pas personnellement couverte, aurait pu être invoquée par lui, et dans cette hypothèse on se demande comment Merlin qui, le 8 août de l'année précédente, avait combattu dans les termes les plus généraux l'opinion qui se refuse à tenir compte des moyens de nullité du premier mariage, aurait conclu au rejet du pourvoi. L'examen de la question dans un débat judiciaire aurait peut-être fait reconnaître qu'il n'était pas rationnel de repousser l'accusé lorsqu'il était personnellement armé d'un moyen de nullité relative dont il lui était loisible de saisir la juridiction compétente. Malheureusement, il n'en fut pas ainsi, et dans sa note du 5 novembre 1813, le président Barris put se croire autorisé à poser nettement entre les nullités absolues et les nullités relatives cette distinction

[1] Voy. *Rép.*, v° *Bigamie*, p. 174, colonne 2.
[2] *Ibid.*, p. 175, col. 1 princ.

Digitized by Google

qui, sans porter atteinte à la loi de 1791, interprétée comme elle l'était par la Cour de cassation, donnait une sorte de satisfaction aux principes invoquées par Merlin, le 8 août 1811, sur les nullités.

Depuis la note du 5 novembre 1813, la Cour de cassation n'a eu à juger qu'une seule espèce où un moyen de nullité du premier mariage était allégué par un accusé de bigamie : c'est l'affaire *Moureau*. Il s'agissait d'une nullité absolue ; mais l'accusé ne l'avait pas invoquée devant la chambre d'accusation à laquelle il reprochait de ne pas l'avoir appréciée d'office [1]. La Cour de cassation rejeta le pouvoi par le motif que « si la « la nullité absolue d'un premier mariage exclut nécessaire- « ment l'accusation de bigamie par suite d'un mariage subsé- « quent... il n'est pas moins constant que les lois du royaume « ne reconnaissent point de nullités de plein droit ; que les « nullités de mariage doivent, aux termes des articles 184, 188, « 189 du Code civil, être portées devant les tribunaux civils et « ne peuvent être déclarées et prononcées que par eux [2]. »

Parmi les commentateurs de cette époque, deux criminalistes, MM. Carnot [3] et Bourguignon [4] ont expressément adopté la distinction consacrée dans la note du 5 novembre 1813. Un troisième, M. Legraverend [5], en reproduit les données sans paraître en avoir fait l'objet d'un examen sérieux. Mais, dans l'Ancien recueil alphabétique [6], M. Dalloz la combattait. « Nous « pensons, disait il, que des moyens de nullité relative doivent « former une question préjudicielle en faveur de l'accusé de « bigamie, à moins que les nullités ne soient couvertes ou « n'appartiennent pas personnellement à l'accusé, cas auxquels « les tribunaux doivent passer outre au jugement de la biga- « mie. »

Plus tard, M. Rauter, dans son *Traité de droit criminel*, publié en 1836 [7], adopte, comme un point de droit établi, la

[1] *Nota.* Cette circonstance est omise et l'arrêt inexactement apprécié par Duvergier dans son édition de Legraverend, 1830, t. II, p. 127, note 2.

[2] Rej. 16 janvier 1826. D. P. 26, 1, 217.

[3] Sur l'art. 3, *Inst. crim.*, nos 58 et 59, t. I, p. 93.

[4] *Jurisprudence des codes criminels*, II, p. 555 et suiv. ; I, p. 38 et suiv.

[5] Édition de 1830, II, p. 127 princ. ; I, p. 56.

[6] Vol. II, publié en 1827, v° *Bigamie*, p. 245, note 1.

[7] Vol. II, p. 304.

Digitized by Google

distinction de la Cour de cassation entre les nullités absolues et les nullités relatives.

En 1851, M. Morin, dans son *Répertoire de droit criminel*[1], transcrit sur ce point la note du président Barris. Pour établir que la jurisprudence y est conforme, il cite, outre l'arrêt Bauzin du 19 novembre 1807 précité, l'arrêt de rejet rendu le 18 février 1819 dans l'affaire du général Sarrazin[2]. Aux noms de MM. Bourguignon et Carnot, qui l'ont approuvée, il associe à tort celui de M. Mangin, qui la combat.

Le jugement rendu par le tribunal de la Seine, le 8 août 1866, dans l'affaire Simon, et reproduit dans le *Journal du droit criminel de Morin*, année 1866, p. 277, art. 8267, a fourni à cet auteur l'occasion de défendre la même opinion dans des observations qui font suite au texte du jugement. La distinction de la note du 5 novembre 1813, basée, selon lui, en droit civil, sur la discussion au Conseil d'État des dispositions du Code Napoléon sur les demandes en nullité de mariage, lui paraît devoir être suivie en droit criminel.

Dans le sens contraire à cette distinction se sont nettement prononcés les criminalistes ci-après, savoir : Mangin, *Action publique*, n° 196; Le Sellyer, n° 1528; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, VI, p. 296; Trébutien, II, p. 93-96; Bertauld, *Questions préjudicielles*, n°s 86, 101 et 102; Haus, *Droit criminel*, n° 510; Hoffman, *Questions préjudicielles*, II, n°s 482 et 483. Le *Nouveau recueil alphabétique* de Dalloz défend énerniquement, v° *Bigamie*, n° 13, cette dernière opinion que déjà l'ancien recueil avait eu, nous l'avons dit, le mérite de formuler. Elle est, observe-t-il, généralement admise par les auteurs. C'est dans ce sens du moins que se sont prononcés les commentateurs du Code Napoléon.

Et en effet cette opinion repose tout à la fois sur les principes généraux du droit et sur notre législation en matière de mariage.

D'après les principes généraux du droit, c'est le caractère de toute nullité d'infecter tellement l'acte ou la convention que, par suite du jugement qui reconnaît la nullité, l'acte ou

[1] V° *Bigamie*, n° 17, p. 624.
[2] Voy. Dalloz, *Ancien recueil alphab.*, v° *Bigamie*, p. 24).

Digitized by Google

la convention sont considérés comme non avenus [1]. Il n'y a aucune distinction à établir entre la nullité de forme et la nullité qui infecte la convention en elle-même [2]. Certains actes peuvent être tellement dépourvus des caractères déterminés par la loi ou inhérents à leur nature qu'ils ne possèdent ni une existence juridique ni une individualité quelconque. Ils seront, si l'on veut, nuls *ipso jure* ou *ipso facto*, à l'exception de ceux dont l'annulation devrait être prononcée et qui conséquemment ne seraient qu'annulables [3]. Mais le nombre en est naturellement fort restreint, et sous une législation, en particulier, dont l'antipathie pour les nullités de plein droit a revêtu la forme d'un adage [4], il n'y a pas à s'en préoccuper dans l'examen de la question relative à l'effet des nullités. Le terrain ainsi déblayé, un grand pas est fait, il faut l'avouer, pour la solution de cette solution. L'important est de ne pas se laisser égarer par une terminologie qui ramènerait au point de départ. « Dans certaines lois et dans quelques ou-« vrages de droit, dit Perrin [5], il est parlé de nullités radicales. « Les auteurs du *Répertoire de jurisprudence* (édition de 1784) « semblaient regarder le mot *radicale* comme synonyme d'*ab-« solue* ou comme un complément de l'idée attachée à celui-ci. « Ils disaient : « On distingue deux sortes de nullités, l'une « absolue et radicale et l'autre respective. » Dans l'édition de « 1808, on retrouve la même phrase, à l'exception des mots « *et radicale* qui ont été supprimés. Cette suppression n'est « sûrement pas une faute typographique.

« En effet une nullité radicale est celle qui existe *ab initio*. « L'acte est nul dans son principe, dans sa racine. Or une « vente d'immeubles par une femme mariée sans l'autorisa-« tion de son mari, quoique frappée d'une nullité seulement « relative (art. 225 C. civil) est aussi bien nulle *ab initio* et « dans sa racine que si elle était frappée d'une nullité absolue. « Une telle vente est censée n'avoir jamais eu d'existence. Le

[1] Conf. *Guyot au Répertoire de Merlin*, v° *Nullité*, § 4.

[2] Voy. Solon, *Des nullités*, p. 8 et 62.

[3] Voy. Biret, *Des nullités*, I, p. 32. — Demolombe, III, n°s 239, 240; V, n° 418. — Marcadé, IV, p. 651, n° 871. — Massé et Vergé, *Droit civil de Zachariæ*, I, § 35.

[4] *Voies de nullité n'ont lieu en France.*

[5] *Traité des nullités*, p. 92.

Digitized by Google

« mari la fait anéantir ou plutôt en fait reconnaître l'inutilité « sans être obligé de prouver aucun dommage. Une nullité « relative n'est donc pas moins *radicale* qu'une nullité ab- « solue.

« Il suit de là que les nullités dites *radicales* ne sont point « une espèce à part. L'expression dont il s'agit convient éga- « lement aux nullités de droit public et à celles de droit privé. « Si elle est utile, c'est uniquement pour ramener à des idées « claires ceux qui seraient tentés de confondre la voie de nul- « lité avec les voies de rescision, de restitution et de résolu- « tion. »

Entre les deux éditions précitées du *Répertoire de jurisprudence* se place, il faut le remarquer, le Code Napoléon, dont la discussion a précisément eu pour résultat de faire proscrire du texte du projet l'expression de nullité radicale. Le premier alinéa de l'article 1338 était ainsi conçu dans le projet : « Dans « la confirmation ou ratification d'un acte radicalement nul, on « doit, pour qu'elle soit valable, trouver la substance de l'acte « nul, la mention de la nullité et l'intention de la réparer[1]. » La section de législation du tribunat fit à ce sujet la remarque suivante : « Sur les mots *acte radicalement nul*, on observe « que rien n'est plus vague. Cette expression serait une source « d'arbitraire et d'incertitude. Dès lors, elle ne doit point « trouver place dans le Code. Il faut une disposition conçue « de manière que la ligne de démarcation soit bien clairement « tracée entre les nullités irréparables et celles qu'on peut « réparer; c'est l'unique moyen de prévenir tous les incon- « vénients[2] » Dans la pensée de la section de législation du tribunat, les nullités irréparables étaient les nullités absolues; les autres étaient les nullités relatives. Les mots *acte radicalement nul* proscrits par elle comme étant trop vagues ne correspondaient donc pas à la distinction qu'elle voulait consacrer; car autrement elle aurait observé que le projet disait le contraire de ce qu'on voulait lui faire dire. Dans sa pensée donc, ces mots s'appliquaient indistinctement à des nullités absolues et à des nullités relatives.

Il en fut de même dans la discussion de l'article 1125. Le

[1] Voy. Locré, XII, p. 126.
[2] Voy. *ibid*, p. 284.

Digitized by Google

projet primitif portait : « Les engagements contractés par les « impubères sont *radicalement nuls.* » La section de législation du tribunat ne trouvant pas ces expressions assez significatives, proposa de les remplacer par celles-ci : « Les engagements « contractés par les impubères ne son obligatoires en aucun « cas ni pour aucune des parties [1]. »

Dans l'article 1974, les mots *est radicalement nul*, ont aussi été rayés sur la proposition de la même section et remplacés par ceux-ci : *ne produit aucun effet* [2].

Ce fut aussi sur la proposition de cette section que l'on raya de l'article 1560 les mots : *l'aliénation sera radicalement nulle.* « Ces mots, fut-il observé, n'ont paru rien ajouter à « une nullité légale. Des difficultés pourraient naître sur leur « interprétation. L'effet de la nullité est assez déterminé, « dans la rédaction proposée, par la faculté de révoquer l'alié- « nation [3]. »

Toute nullité légale doit donc être considérée comme radicale en ce qui touche les effets du jugement qui la déclare, et ce n'est pas à ce point de vue qu'on distingue les nullités en nullités absolues et relatives. Cette distinction n'a trait qu'aux personnes qui peuvent les invoquer et au point de savoir si elles peuvent se couvrir ou se réparer. « Les nullités « substantielles, dit Biret [4], se distinguent en absolues et rela- « tives, selon qu'elles sont d'intérêt ou d'ordre public, ou « qu'elles ne se rattachent qu'aux intérêts privés. La nullité « absolue ne se couvre jamais par la ratification. La nullité « relative ou respective peut être couverte par la ratification « de l'acte qui en est vicié. La nullité relative se couvre par « la prescription, malgré que le titre nul ne soit pas plus va- « lable qu'auparavant [5]. »

MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, I, § 37, s'expriment ainsi : « Les nullités sont absolues ou relatives selon qu'elles « peuvent être proposées par tout intéressé ou par certaines « personnes seulement [6]..... Quant à leur effet, il est le même.

[1] Voy. *Conférence du Code civil*, Didot, 1805, V, p. 16.
[2] Voy. *ibid*, VI, p. 264.
[3] *Ibid*, p. 353.
[4] *Des nullités*, I, p. 32.
[5] *Ibid*, p. 33.
[6] Conf., *Massé et Vergé sur Zachariæ*, I, § 35, p. 47-2°.

Digitized by Google

« La conséquence de tout jugement, qui annule un acte, est de « le faire considérer comme n'ayant jamais eu d'existence « juridique. L'acte déclaré nul ne peut donc, par lui-même et « en vertu du caractère sous le rapport duquel il a été annulé, « produire aucun effet juridique, à moins que, par exception, « le législateur ait statué autrement (conf. art. 201 et 202 C. « Nap.). *Quod nullum est nullum producit effectum.* »

Au vol. III, p. 184, les mêmes auteurs disent encore : « La « nullité ou la rescision prononcée en justice remet les « choses au même et semblable état où elles étaient avant la « formation de l'obligation annulée ou rescindée. » Et ils citent Merlin, v° *Rescision*, n° 4; Toullier, VII, n° 543; Duranton, XII, n° 561. Nous ajouterons Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 35, p. 48, sur les notes 19 et 20. A la vérité, en ce qui touche la révocation de la propriété, Zachariæ, dans le texte allemand [1], paraît contredire ce que disent d'après lui ces deux derniers auteurs. « Si le propriétaire, dit-il en effet, attaque « en nullité par la voie de la restitution en entier (rescision), « l'acte par lequel il a acquis la propriété, la révocation n'a « lieu qu'*ex nunc* [2]. » Et il ajoute en note [3] qu'il en serait autrement s'il s'agissait d'une nullité absolue. Mais ne peut-on pas se demander d'abord si l'hypothèse dans laquelle se place ici le jurisconsulte allemand présente un intérêt pratique sérieux ? En droit, si l'acquéreur était armé d'un moyen de nullité relative, est-ce bien au point de vue qui nous occupe qu'il y a lieu de le distinguer du cas de nullité absolue ? N'est-ce pas à un autre point de vue, celui, par exemple, des modifications apportées à la propriété par l'acquéreur dans l'intervalle du contrat à l'exercice de l'action, que la distinction a pu se présenter à l'esprit de l'auteur ? Massé et Vergé la critiquent [4]. Aubry et Rau ne reproduisent pas en ce point l'original. Ils disent au contraire qu'en général, et à moins d'une disposition contraire, la révocation de la propriété a lieu *ex tunc*. Ils se fondent, comme ils l'avaient fait précédem-

[1] 4e édition, Heidelberg, 1837, I, § 196 sur la note 12.

[2] Nous citons le texte allemand qui ne nous paraît pas exactement reproduit dans Massé et Vergé, II, § 278, p. 66. — *Conf.* § 333 du texte allemand, et §§ 577 et 578 de Massé et Vergé, III, p. 466 et suiv.

[3] Note 12.

[4] II, § 278, p. 66, note 13.

Digitized by Google

ment, t. III, p. 184, sur l'article 1183 du Code Napoléon [1].

Au surplus, en matière de mariage, Zachariæ proscrit expressément, quant aux effets de la décision du juge, toute distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives. *Resolutio matrimonii fit ex tunc*, dit-il en note [2], s'appuyant de l'autorité de Toullier, I, n° 652, qui lui-même invoque l'ancienne jurisprudence.

Le droit romain avait donné l'exemple : « Si adversus ea « quæ diximus aliqui coïerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, « nec matrimonium, nec dos intelligitur [3].... »

Le droit canonique n'est pas moins absolu. La seule exception qu'il admette est celle du mariage putatif [4].

L'ancienne jurisprudence est empreinte du même esprit. Dans les divers plaidoyers qu'il a prononcés sur des demandes en nullité de mariage, d'Aguesseau rappelle fréquemment la distinction des nullités absolues et des nullités relatives. Mais l'unique différence qu'il relève entre elles est que les nullités relatives ne sont introduites qu'en faveur de certaines personnes et qu'elles peuvent être couvertes [5]. La nullité relative peut ne pas être invoquée, parce que les personnes habiles à s'en prévaloir ne veulent pas se servir de l'arme que la loi met entre leurs mains [6]. Elle peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de l'approbation expresse ou implicite de celui qui invoque l'absence ou le vice de son consentement; *Ratihabitio expressa vel tacita ad initium retrovenit* [7]. La personne en faveur de laquelle elle a été introduite peut aussi, par suite d'une incapacité personnelle, être hors d'état de la proposer. « Alors on peut dire que le mariage est comme « validé, non qu'il soit exempt de défaut, mais par le défaut de

[1] Aubry et Rau, II, § 220 *bis*, p. 359.

[2] Texte allemand, § 463, p. 40, note 3. — Massé et Vergé, I, p. 198, note 2.

[3] Instit. *De nuptiis*, § 12. — Conf. l. 52, ff., *De ritu nuptiarum*. — LL. 3, 32, § 28, ff., *De donat. inter vir. et uxor.* — L. 4, Cod., *De incestis, et inutil. nuptiis.*— L. 7, Cod., *De donat. inter vir. et uxor.*— Glück, *Explication des Pandectes*, texte allemand, XXVI, p. 264, sur les notes 58 et 59.

[4] Voy. cap. 2, 8, 14 et 15, X, *Qui filii sint legitimi*.

[5] Voy. dans l'édition in-4, Paris, 1759-1784 : 33e *plaidoyer*, III, p. 150; 43e *plaidoyer*, IV, p. 99; 57e *plaidoyer*, V, p. 137.

[6] 43e *plaidoyer*, IV, p. 99.

[7] 33e *plaidoyer*, III, p. 150.

Digitized by Google

« droit dans celui qui veut le faire annuler : *non jure proprio*, « *sed defectu juris alieni* [1]. » — « Il faut avouer, dit ailleurs « d'Aguesseau, que souvent ce qui n'est pas valable *ab initio* « le devient *tractu temporis* et que la règle catonienne n'est « pas toujours observée dans les affaires de cette nature. Pour- « quoi? C'est qu'il s'agit d'une question d'état et qu'il n'y a « rien de si important que de l'assurer à ceux qui en jouissent « par une possession longue et paisible aux yeux du public. « Le repos des enfants, la tranquillité des familles peuvent « fournir des fins de non-recevoir très-puissantes sur des ques- « tions d'état. On en voit un exemple par rapport à l'état reli- « gieux contre lequel on ne permet pas de réclamer après cinq « ans. Les mêmes considérations ont fait rejeter, en plusieurs « occasions, des demandes qui tendaient à troubler la paix « d'un mariage concordant et à priver de leur état des enfants, « nés sur la foi d'un engagement, qui avait été regardé comme « légitime [2]. » Ce langage de l'illustre chancelier montre bien que, dans sa pensée, lorsque avec toute la circonspection, qu'exige une question d'état, les magistrats se sont vus dans la nécessité de déclarer la nullité d'un mariage, les conséquences de cette nullité, à quelque classe qu'elle appartienne, rétroagissent inévitablement à la date du mariage lui-même. Comment, en effet, admettre qu'un acte de mariage, entaché de nullité, puisse être considéré comme valable et produire des effets légaux jusqu'au jour du jugement qui déclare la nullité et malgré ce jugement? C'est « un principe certain de droit « que l'état des hommes ne peut jamais être que l'ouvrage de « la loi. Les lettres, les déclarations, les reconnaissances des « particuliers [3] ne peuvent rendre légitime ce qui est nul dans « son principe ; il faut toujours revenir à la vérité. La loi même « n'impute que rarement ces sortes de reconnaissances à « ceux qui les font ; une erreur probable a pu les arracher, « mais la vérité reconnue les fait tomber d'elles-mêmes et les « dissipe absolument [4]. »

[2] 33e *plaidoyer*, III, p. 150.

[2] IV, 43e *plaidoyer*, p. 99.

[3] Invoquées dans l'espèce du plaidoyer.

[4] V, 57e *plaidoyer*, p. 137. A la suite et à l'appui de ce passage sont citées les lois 13 et 14, Cod., *De probationibus*.

La forme même, dans laquelle les anciennes cours de justice pronon-

Digitized by Google

La seule exception consacrée par l'ancienne jurisprudence, comme par le droit canonique, démontre surabondamment la généralité du principe que nous défendons. L'article 4 du chapitre II, partie V, du contrat de mariage de Pothier, est intitulé : « *Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des parties qui l'ont contracté.* « Le cas, dit-il [1], auquel un mariage, quoique nul, a des effets « civils est lorsque les parties, qui l'ont contracté, étaient dans « la bonne foi et avaient une juste cause d'ignorance d'un em- « pêchement dirimant qui le rendait nul... La bonne foi des « parties, qui l'ont contracté, lui donne, par rapport aux en- « fants, qui en sont nés, les effets civils que produisent les ma- « riages, en donnant aux enfants les droits de famille qu'ont « les enfants nés d'un légitime mariage. Comment, direz-vous, « ce mariage, qui est nul, peut il donner ces droits aux enfants « qui en sont nés? Car, *Quod nullum est nullum producit effec- « tum.* La réponse est que, si ce mariage, en tant qu'il est « considéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne « foi des parties qui l'ont contracté (ou de la partie, si une « seule était de bonne foi) les leur donne, en suppléant à cet « égard au vice du mariage [2]. »

En ce qui touche les conventions matrimoniales, « on op- « posera qu'elles dépendent de la condition, *si nuptiæ sequun- « tur*, laquelle n'a pas été accomplie, puisqu'on ne peut pas « dire qu'elles ont été suivies d'un mariage entre les parties, « celui qui a suivi n'étant pas un mariage, puisqu'il est nul. « La réponse est que la bonne foi des parties qui l'ont con- « tracté supplée à la nullité de ce mariage et fait regarder la « condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder « comme légitimes les enfants qui en sont nés [3]. »

çaient la nullité des mariages, était exclusive de toute distinction, quant à l'effet des nullités. « Le mariage est parmi nous un lien indissoluble, dit « Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence*, II, v° *Ma- « riage*, p. 483 ; c'est pourquoi, quand il y a quelques nullités dans un ma- « riage, les juges, qui prononcent régulièrement, ne le cassent pas; mais « ils le déclarent non valablement contracté. » Conf. Argou, *Institution au droit français*, II, p. 13, et le texte de l'arrêt du Parlement de Paris du 23 mars 1697, rapporté dans d'Aguesseau, IV, p. 103.

[1] N° 437.

[2] N° 439.

[3] N° 438.

Digitized by Google

En parlant d'un *empêchement dirimant qui rendait le mariage nul*, Pothier n'a pu évidemment vouloir se renfermer dans la sphère des nullités absolues; car il est élémentaire que les nullités, quelles qu'elles soient, ne peuvent provenir que d'un empêchement dirimant, les empêchements prohibitifs n'entraînant pour toute sanction qu'une peine contre celui ou ceux qui les ont méconnus [1].

On veut cependant qu'à la différence des nullités absolues, les nullités relatives *ne produisent leur effet dirimant* [2] qu'après avoir été déclarées par le juge. A défaut du droit antérieur et de l'ancienne jurisprudence, cette distinction résulterait des opinions, qui ont prévalu lors de la discussion en Conseil d'État des dispositions du Code Napoléon sur les demandes en nullité de mariage [3]. Mais cette assertion est-elle bien exacte? La discussion et les discours des orateurs du gouvernement nous paraissent conduire à une opinion contraire. « Les publications qui précèdent le mariage, dit Portalis sur l'article 193, C. Nap. [4], ont été introduites pour qu'on puisse être « averti dans un temps convenable des empêchements qui « pourraient rendre le mariage nul. L'omission de ces publications et l'inobservation des délais dans lesquels elles « doivent être faites peuvent opérer la nullité d'un mariage « en certains cas. Mais parce que les lois, qui ont établi ces « formalités, n'ont en vue que certaines personnes et certaines « circonstances, lorsque ces circonstances ne subsistent plus, « lorsque l'état des personnes est changé et que leur volonté « est toujours la même, *ce qui était nul dans son principe* se « ratifie dans la suite, et l'on n'applique point au mariage cette « maxime qui n'a lieu que dans les testaments : *Quod ab initio « non valet, tractu temporis non convalescit.* »

Nulle part on ne voit que le législateur ait entendu établir une différence quant aux effets des diverses nullités. Le procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 4 vendémiaire an X (27 septembre 1801), dans laquelle ont été discutées les

[1] Conf. Glück, *Explication des Pandectes*, texte allemand, XXIII, p. 152 princ., XXVI, p. 263-266.

[2] Morin, *Journal du droit criminel*, art. 8267, Observations.

[3] *Ibid.*

[4] Voy. Locré, IV, p. 515, n° 51.

Digitized by Google

nullités de mariage, n'y fait aucune allusion[1]. A cette séance, le premier consul dit que le projet explique par qui la nullité pourra être demandée, mais qu'il n'explique pas en quels cas le mariage est nul de plein droit. M. Tronchet dit que « jamais « le mariage n'est nul de plein droit : il y a toujours un titre « et une apparence qu'il faut détruire. Mais en quels cas la « nullité peut-elle être demandée, par qui peut-elle l'être? « Voilà les questions que présente la matière[2]. »

Le 26 ventôse an XI (17 mars 1803), M. Boutteville, orateur du tribunat, disait au Corps législatif : « Le projet, législateurs, « ne convertit pas en dispositions positives les distinctions si « connues de nullités absolues et relatives, de nullités qui peu- « vent ou ne peuvent pas être effacées ; mais sans les perdre de « vue, le législateur trouve un guide bien plus sûr dans les « règles que lui-même a tracées[3]. »

Et en effet, les articles 185 et 186 nous donnent l'exemple d'une nullité absolue qui néanmoins peut se couvrir ou n'être pas proposable par certaines personnes dans un cas déterminé[4]. C'est donc dans le texte lui-même et non dans des distinctions d'école, quelles qu'elles puissent être, que se trouvent, en cette importante matière, les raisons de décider. Et le silence de ce texte ne permet pas d'établir une différence entre les effets de telle ou de telle nullité déclarée par le juge.

Les articles 201 et 202 excluent surtout, par leur généralité, une distinction de cette nature. A ce point de vue, le passage du discours de Portalis sur ces articles les éclaire et les complète : « Quoique régulièrement le seul mariage légitime et « véritable puisse faire de véritables époux et produire des « enfants légitimes, cependant par un effet de la faveur des en- « fants et par la considération de la bonne foi des époux, il a « été reçu par équité que s'il y avait quelque empêchement « caché, qui rendît ensuite le mariage nul, les époux, s'ils « avaient ignoré cet empêchement, et les enfants nés de leur « union, conserveraient toujours le nom et les prérogatives

[1] Voy. notamment dans Locré, IV, p. 370-374, les nos 4, 6, 8.
[2] Voy. Locré, IV, p. 374, n° 7.
[3] Voy. Locré, IV, p. 558, n° 15.
[4] Conf. Biret, I, p. 116. Conf. aussi les paroles de Portalis et de Tronchet rapportées dans Locré, IV, p. 372 *in fine*, 373 princ. et 406.

Digitized by Google

« d'époux et d'enfants légitimes, parce que les uns se sont unis « et les autres sont nés sous le voile, sous l'ombre, sous l'ap- « parence du mariage[1]. »

Le projet de l'article 188 du Code portait : « La nullité ré- « sultant de ce qu'un mariage aurait été contracté avant la « dissolution légale d'un premier mariage d'un des époux « peut être réclamée par l'époux qui était libre, par ses père et « mère, ou aïeul et aïeule, et par le ministère public[2]. » Le ministre de la justice trouva la rédaction trop générale. Il proposa de dire : « Avant la dissolution d'un premier mariage « *déjà attaqué.* » M. Portalis fit observer qu'un mariage peut être nul sans être attaqué, et que conséquemment, si l'on contracte un second mariage, ce second mariage n'est annulé qu'autant qu'à l'époque où l'on réclame contre le second mariage, on n'est point autorisé à faire prononcer la nullité du premier[3].

L'article 189 doit sa naissance à cette observation, que Portalis confirmait, dans son exposé des motifs, par ces mots : « Il est dans nos mœurs qu'un premier mariage *valable et* « *subsistant* soit un obstacle à un second mariage[4]. »

A défaut de la discussion au Conseil d'État et des discours des orateurs du gouvernement, il faut revenir au point de départ, et reconnaître que la note du 5 novembre 1813, comme la jurisprudence qu'elle résume, dérive, en cette partie, d'une interprétation erronée du Code pénal de 1791. Aussi n'a-t-elle été adoptée par aucun des interprètes du droit civil. On peut consulter à ce sujet, outre Toullier et Zachariæ déja cités : Delvincourt, I, p. 74 ; — Duranton, II, n° 346, p. 310 ;—Dalloz, *Nouveau recueil alphabétique*, v° *Bigamie*, n° 13 ; — Demolombe, III, n°s 331 et 332, p. 537-539 ; n°s 342-344, p. 553 et suivantes ;—Massé et Vergé, I, § 123, p. 198, sur la note 2 ; — Aubry et Rau, § 459 ; — Demante, I, n° 271 *bis*, II et III, p. 372 et 373 ; —Marcadé, I, n° 691, p. 520, *in fine*, et 521.

Parmi les criminalistes, qui l'ont également combattue, et

[1] Locré, IV, p. 517, n° 56.
[2] *Ibid*, p. 355.
[3] *Ibid*, p. 366.
[4] *Ibid*, p. 490, n° 19.

Digitized by Google

que nous avons déjà cités, Mangin se signale par la vigueur de sa critique. Il en attaque avec raison le langage lui-même.

On se demande, en effet, comment la note a pu associer des mots aussi différents, dans leur sens juridique, que ceux de *résolution* et de *dissolution*, parler de l'une et de l'autre à propos de *nullités*, méconnaître l'effet rétroactif que produisent généralement en droit les *résolutions* et créer, en matière de mariage, un cas de *dissolution* que ni l'article 227 du Code Napoléon ni l'ancien droit [1] n'avaient prévu.

C'est donc avec raison, ce nous semble, que, dans son arrêt du 13 avril 1867, la Cour de cassation a proscrit la distinction consacrée, en matière de nullités, par la note du 5 novembre 1813.

Était-elle également fondée à admettre l'interprétation que donne cette note de l'article 326 du Code Napoléon?

Cette question se rattache à celle plus générale de savoir si les exceptions fondées sur des nullités de mariage doivent être renvoyées devant les tribunaux civils.

En fait, le tribunal de police correctionnelle était saisi de la poursuite d'adultère, par l'ordonnance du juge d'instruction (art. 183, C. inst. crim.), avant qu'un exploit introductif d'instance eût saisi le tribunal civil de la demande principale en nullité de mariage; et, de son côté, le tribunal civil était saisi de cette demande principale avant que la nullité du mariage eût été opposée au tribunal correctionnel sous forme d'exception. Il résulte tout d'abord de cet état de choses que le tribunal correctionnel n'était pas compétent pour juger, comme il l'a fait, la fin de non-recevoir opposée devant lui à la demande en nullité de mariage et tirée du défaut d'autorisation maritale. En effet, le jugement des fins de non-recevoir, opposables à une action déjà formée, n'appartient qu'au tribunal saisi de l'action qu'elles tendent à écarter [2].

Quant à la demande en nullité de mariage, le tribunal civil en étant saisi, le tribunal correctionnel était, de ce chef, incompétent pour en connaître.

En eût-il été de même si le tribunal civil n'en avait pas été

[1] Voy. Pothier, *Du contrat de mariage*, partie VI, chap. II.

[2] Voy. Mangin, *Act. publ.*, n° 197, p. 485; Merlin, *Rép.*, v° *Bigamie*, p. 171, col. 2.

Digitized by Google

saisi? En d'autres termes, la question de nullité de mariage peut-elle, en ce cas, être jugée par la juridiction criminelle, ou bien, au contraire, doit-elle être renvoyée par la juridiction criminelle à la juridiction civile?

La première opinion n'est défendue que par un très-petit nombre d'auteurs cités par Hoffman[1]. Ils se fondent sur le principe, que le juge de l'action est en même temps le juge de l'exception, et sur la disposition de l'article 198 du Code Napoléon, qui attribue compétence aux tribunaux criminels pour reconnaître et constater l'existence d'un mariage avec tous les effets civils, que l'acte de mariage lui-même avait pu produire. On pourrait ajouter que les articles 337 et 338 du Code d'instruction criminelle et la loi du 13 mai 1836 attribuent d'une manière générale à la juridiction criminelle la connaissance des circonstances aggravantes, et ne font aucune exception pour le cas où la circonstance aggravante présente à juger une question d'état.

Il faut reconnaître que cette opinion devrait être adoptée, si elle n'était pas combattue par des textes contraires. Est-ce bien toutefois sur l'article 326 du Code Napoléon que repose la seconde opinion? C'est en ce sens que se prononcent la note du 5 novembre 1813 et l'arrêt du 13 avril 1867. Il est remarquable, en effet, que l'arrêt du 13 avril 1867, qui rejette la distinction de la note de 1813 entre les nullités absolues et relatives, admet le système de cette note sur l'interprétation extensive de l'article 326 du Code Napoléon. A la date du 16 janvier 1826, au contraire, par son arrêt Moureau, la Cour de cassation, consacrant de nouveau la distinction de la note de 1813 entre les nullités absolues et relatives, avait implicitement repoussé l'interprétation que donne cette note de l'article 326 du Code Napoléon, en fondant uniquement sur les articles 384, 388 et 389 du même Code l'attribution à la juridiction civile des questions de nullité de mariage.

Le système de l'interprétation extensive de l'article 326 du Code Napoléon est combattu par la majorité des auteurs. Merlin le réfute avec beaucoup de force. On peut encore consulter dans le même sens : Mangin, I, n° 182; — F. Hélie, Institution crim., III, p. 201 *in fine*; —Le Sellyer, n° 1525; — Demante, II, p. 94-98; — Dalloz, *Nouveau rec. alphab.*, v° *Bigamie*, n° 33.

[1] *Quest. préjud.*, II, n° 471, p. 426.

Digitized by Google

C'est avec raison, selon nous, que ces auteurs renferment dans son objet, nous pourrions ajouter dans ses termes (*réclamations d'état*), la disposition de l'article 326 du Code Napoléon et se fondent sur les articles 188, 189 du même Code pour établir la compétence de la juridiction civile en matière de nullités de mariage. *Ce préalable, qu'il faut vider avant tout*, suivant l'expression de Portalis sur l'article 189[1], est évidemment une action qui doit être portée devant les tribunaux civils, non pas seulement parce que les parties entre lesquelles elle doit se débattre ne sont pas toujours engagées dans le procès criminel, ce qui n'est qu'un cas spécial, mais parce que les termes généraux de la loi, destinés à régir toutes les espèces, impliquent, dans leur sens juridique, le renvoi devant une autre juridiction. Dans la discussion au conseil d'État, Portalis avait nettement caractérisé les deux actions et virtuellement déterminé les juridictions appelées respectivement à en connaître. « L'action civile contre le second mariage, disait-il, doit être « ouverte à tous ceux qui ont intérêt de l'attaquer. En effet, « si le premier mariage était vicieux, le second serait régu- « lier, et le second n'est vicieux que lorsque le premier ne « l'est pas : ainsi le débat peut s'ouvrir sur cette double « question qui, sous ce rapport, est purement civile... Le délit « de celui qui est devenu bigame, du moins par l'intention, « présente une question différente, laquelle seule appartient au « droit criminel[2]. »

Ainsi que l'observent Mangin, Le Sellyer et Dalloz, cette opinion trouve sa confirmation dans les derniers mots de l'article 357 du Code pénal, lesquels impliquent évidemment un renvoi devant la juridiction civile.

Le système du législateur nous paraît ressortir clairement de ces divers textes : Les questions de validité de mariage, qui sont soulevées *incidemment* devant les tribunaux criminels, doivent être déférées à la juridiction à laquelle il appartiendrait d'en connaître au principal.

Hoffman va plus loin. Selon lui, la nullité du second mariage, opposée devant la juridiction criminelle, comme moyen de

[1] Exposé des motifs, séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI (10 mars 1803). Locré, IV, p. 514, n° 49.

[2] Voy. Locré, IV, p. 365.

Digitized by Google

défense direct et principal, à une accusation de bigamie, doit donner lieu à un renvoi devant le juge civil. Nous ne saurions adopter cette doctrine. Nous ne ne la discutons pas néanmoins parce qu'elle est étrangère à la matière d'adultère qui nous occupe.

Tout ce qui a été dit au contraire sur la question de validité du premier mariage de l'accusé de bigamie s'applique par parité de raison à la prévention d'adultère. Comme la bigamie, l'adultère est une violation de la foi que les époux se sont solennellement jurée en s'engageant l'un envers l'autre dans les liens du mariage.

HECQUET DE ROQUEMONT.

Digitized by Google

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1].

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

144. Occupons-nous maintenant de l'établissement des servitudes par la *destination du père de famille.* — Nous avons indiqué précédemment la difficulté de cette thèse. Sur ce point, de même que sur la prescription, l'ancien droit présentait beaucoup d'incertitude. Les lois romaines étaient invoquées pour et contre ce mode de constitution ; les dispositions des coutumes qui en avaient parlé étaient divergentes; la plupart étaient muettes à cet égard; enfin les commentateurs s'étaient divisés pour déterminer les conditions grâce auxquelles la destination du père de famille devait fonctionner, soit dans le pays où elle était autorisée par le texte de la loi, soit dans les pays où la coutume gardait le silence sur cette matière.

145. Les rédacteurs du Code Napoléon, en consacrant à ce sujet trois articles (692 à 694) se sont flattés d'avoir fait disparaître l'obscurité qui depuis longtemps pesait sur cette question. Albisson, dans son rapport au tribunat, disait, après avoir rappelé les anciennes controverses, que « *le projet s'ex-* « *pliquait nettement sur tout cela.* » Un autre orateur, Gillet, recommandant au Corps législatif l'adoption du projet de loi, vantait le mérite de la clarté de ce projet, tant au point de vue du règlement de la destination du père de famille qu'à celui des dispositions ayant trait à la prescription. Sous ce dernier rapport, il affirmait que « *cette partie de la législation* « *avait pu être ramenée facilement à quelques termes simples.* » Il ajoutait : « *On retrouve le même caractère dans les articles* « 692, 693 et 694, *qui indiquent à quels signes on peut recon-* « *naître la destination du père de famille...* »

146. Hélas! ces espérances se sont trouvées déçues. Nous savons que les articles relatifs à la prescription ont laissé la porte ouverte à de nombreuses questions. Quant à ceux qui traitent de la destination du père de famille, ils ont offert aux interprètes du Code une véritable énigme à expliquer. Pour

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440; t. XXXI, p. 112 et 131, 521 et 539; t. XXXII, p. 12.

Digitized by Google

en découvrir le sens, bien des efforts ont été tentés; plusieurs systèmes ont été proposés, dont aucun ne nous semble à l'abri de critique. D'autres esprits ont renoncé à mettre d'accord l'article 694 avec l'article 692, et se sont résolus à proclamer entre ces articles une contradiction, dont il ne serait possible de sortir qu'en sacrifiant l'un des articles à l'autre; seulement on ne s'est pas entendu sur le point de savoir lequel devait être sacrifié.

147. L'étude de cette matière dans la législation moderne nous place en présence de cette difficulté qu'on rencontre trop souvent en droit romain, où des textes empruntés à des sources différentes exercent depuis des siècles la sagacité des commentateurs, jaloux de justifier la parole de Justinien et d'éviter toute contrariété entre les fragments des jurisconsultes. On retrouve ici les procédés usités à l'occasion des antinomies, dont on ne saurait purger complétement la compilation des Pandectes. Désire-t-on sauver toute dissonance au moyen de distinctions qui feront sa part à l'article 694, et sépareront l'hypothèse prévue dans cet article de la règle posée en l'article 692, des distinctions variées ont été imaginées; l'embarras seulement est de choisir la meilleure. Préfère-t-on ces moyens violents de conciliation, qui consistent à ajouter ou à retrancher quelque chose dans un texte, ces solutions radicales n'ont pas été négligées dans l'affaire. Mais les uns veulent effacer le mot *continues* dans l'article 692, les autres aiment mieux introduire dans l'article 694 le mot *continue*, qui ne s'y trouve point.

148. Qu'on veuille bien prendre garde qu'il ne s'agit pas ici de débats purement scientifiques, d'une discussion d'école, ainsi qu'il arrive chez nous, quand on cherche à fixer le sens de tel fragment du Digeste qui ne cadre pas parfaitement avec tel autre. La question a malheureusement un intérêt pratique, que trop de procès ont mis en jeu. La jurisprudence a flotté entre les divers systèmes qui se sont produits; et qui pourrait même assurer qu'elle est aujourd'hui définitivement assise à la suite de tant de décisions judiciaires intervenues à propos des articles 692 et 694? Si nous venons ajouter quelques pages à tout ce qui a été déjà écrit sur ce conflit de textes, c'est que nous trouvons là une confirmation du jugement que nous avons cru devoir porter sur la valeur de la division des servitudes

Digitized by Google

prédiales en continues et discontinues. Cette distinction, malencontreuse à notre gré, que nous avons condamnée en traitant de la prescription, apparaît encore ici comme la cause de la confusion qui depuis la promulgation du Code Napoléon règne sur les véritables règles de ce mode de constitution des servitudes, auquel on est convenu de donner le nom de destination du père de famille.

149. L'hypothèse à laquelle se réfère cette appellation est la suivante. Un individu, propriétaire à la fois de deux héritages, se sert de l'un de ces héritages pour procurer à l'autre une utilité, qui constituerait une servitude, si les deux fonds appartenaient à des maîtres différents. Ainsi Primus, propriétaire de la maison A et de la maison B, afin d'éclairer la maison A, perce des fenêtres qui ouvrent immédiatement sur une cour ou sur un jardin dépendant de la maison B ; ou bien il arrange les égouts de celle des deux maisons qui est le plus élevée de manière à ce que les eaux pluviales découlent sur le toit de la maison qui a le moins de hauteur. — Primus, possédant une prairie dans laquelle jaillit une source, ne se borne pas à tirer parti de cette circonstance pour l'irrigation du fonds où la source prend naissance; il dispose des canaux, des tuyaux qui conduisent l'eau dans une prairie voisine dont il est également propriétaire.— Supposez encore deux champs contigus ayant le même maître, il arrivera souvent que pour l'exploitation de l'un de ces champs un passage sera emprunté à l'autre, passage qui se manifestera par des travaux apparents, par une barrière, par un pont jeté sur le fossé séparatif des deux héritages. Aussi longtemps que la propriété des deux immeubles résidera sur la même tête, il ne peut pas être question d'une servitude. Mais une fois que le maître unique aura disparu, et qu'il y aura deux maîtres différents, les choses ne pourront plus rester dans la situation où les avait placées le maître commun sans que l'état de servitude apparaisse.

150. Au moment où s'opérera la séparation de propriété, soit à raison d'un partage entre les héritiers, soit par l'effet d'une aliénation consentie de la part du maître des deux fonds, il est incontestable qu'il dépend de la volonté des intéressés de créer la servitude ou de s'opposer à son établissement. Le parti le plus sage est assurément de s'expliquer formellement

Digitized by Google

à cet égard : et si, cette précaution ayant été observée, il a été déclaré que l'arrangement réglé par le père de famille continuerait nonobstant la division des héritages, la servitude qui en résultera reposera sur un titre exprès, sans que l'on ait à s'inquiéter de la nature de cette servitude, ni de la catégorie dans laquelle elle peut rentrer. Mais peut-être les actes qui ont eu pour but d'opérer la division ont-ils gardé le silence sur ce point ; peut-être aussi ces actes ont-ils été perdus. Que décider en pareil cas? Doit-on interpréter ce silence en faveur de l'établissement tacite d'une servitude, ce qui induirait à la supposer existante, s'il y a impossibilité de produire le titre? Faut-il dire, au contraire, que la liberté sera présumée, du moment où il n'est pas démontré que la condition d'assujettissement a été l'objet d'une convention expresse?

151. Les jurisconsultes romains s'étaient occupés de cette question ; et il nous paraît assez clair que la doctrine généralement admise exigeait pour la constitution des servitudes une déclaration explicite, qu'on ne tenait pas compte de l'état des lieux existant lors de la séparation afin de sous-entendre la volonté de créer une servitude, qu'en un mot les Romains n'avaient pas érigé en règle de droit ce mode d'établissement qui a été qualifié chez nous destination du père de famille. Voici comment s'exprimait Ulpien, l. 10, D. *comm. præd.* :

« *Quidquid venditor, servitutis nomine, sibi recipere vult, no-*
« *minatim recipi oportet. Nam illa generalis receptio*, QUIBUS
« EST SERVITUS, UTIQUE EST, *ad extraneos pertinet, ipsi nihil pro-*
« *spicit venditori ad jura ejus conservanda: nulla enim habuit,*
« *quia nemo ipse sibi servitutem debet. Quinimo, et si debita*
« *fuit servitus, deinde dominium rei servientis pervenit ad me,*
« *consequenter dicitur extingui servitutem.* »

152. D'après la position qu'occupe ce fragment dans la compilation des Pandectes, il y a là une règle applicable à toutes les servitudes. Celui qui, propriétaire de deux fonds, en aliénant l'un et retenant l'autre, entend se réserver un droit de servitude sur le fonds par lui abandonné, celui-là doit avoir soin d'énoncer catégoriquement cette prétention : *nominatim recipi oportet.* En vain aurait-il usé d'une formule générale imposant à l'acquéreur l'obligation de subir toutes les

Digitized by Google

servitudes déjà existantes. Cette clause ne saurait être invoquée à son profit par le vendeur; elle n'a trait qu'aux droits concernant des tiers, vu qu'il est impossible de considérer le vendeur comme ayant un droit de servitude sur sa propre chose : *quia nemo ipse sibi servitutem debet.* En outre, le jurisconsulte résout de la même manière le cas où un rapport de servitude ayant dans le passé réellement subsisté entre le fonds aliéné et le fonds conservé, parce qu'ils avaient alors des maîtres différents, la servitude aurait été éteinte par voie de confusion. Cette confusion, une fois opérée, n'en continue pas moins à produire ses effets, bien que la séparation des héritages reparaisse, et que désormais il y ait possibilité de concevoir une servitude. Sur ce dernier point, Paul, dans la loi 30, *pr.*, D. *De serv. præd. urb.*, se rallie exactement à la théorie professée ici par Ulpien [1].

153. Dans les textes que nous avons cités, c'est toujours le vendeur qui est indiqué comme ne pouvant prétendre à une servitude, faute de s'être expliqué positivement. On pourrait donc être tenté de rattacher ces décisions à la maxime suivie chez les Romains et reproduite dans l'article 1602 Code Napoléon, maxime d'après laquelle les obscurités d'un contrat de vente doivent s'interpréter contre le vendeur. Ce dernier est, en effet, celui qui est le mieux édifié sur l'état des lieux, et il y aurait, dira-t-on, à craindre une surprise au détriment de l'acheteur, si on lui imposait des servitudes dont l'existence ne lui a pas été suffisamment révélée. — Sans doute, à l'occasion des servitudes réservées par un vendeur, il y avait lieu d'appliquer la règle d'interprétation sus-énoncée, et la loi 33,

[1] *Si quis ades, quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est : et si rursus vendere vult, nominatim imponenda est servitus ; alioquin liberæ veniunt.* — Ces deux hypothèses, traitées identiquement par les jurisconsultes romains, doivent aussi chez nous, du moins dans notre opinion, obéir aux mêmes règles. Il importe peu, à notre estime, que le père de famille ait créé lui-même l'état de choses duquel doit s'induire la constitution tacite de la servitude au moment de la séparation des héritages, ou qu'il ait laissé subsister un état de choses qu'il a trouvé. Nous aurons cependant à voir que des autorités fort graves veulent aujourd'hui distinguer entre les deux hypothèses. Nous reviendrons sur ce point, en appréciant les divers systèmes proposés pour la conciliation des articles 692 et 694 ; mais dès à présent il est bon de noter que, aux yeux des Romains, il n'y avait aucune différence à faire.

Digitized by Google

D. *De cont. emt.*, en fournit un exemple. Toutefois cette application suppose qu'on est en présence de conventions formulées, dont la portée est seulement ambiguë. Mais quand il s'agit de suppléer au silence des parties, et de considérer, par voie de sous-entendu, comme accordée une servitude dont il n'a pas été fait mention, l'exclusion de ce mode de constitution tacite pouvait léser tout aussi bien l'acheteur que le vendeur. C'est ce qui ressort implicitement d'un fragment assez intéressant de Julien, de la loi 31, D. *De serv. præd. rust.*, que nous croyons bon d'analyser.

154. Julien suppose d'abord entre les mains de propriétaires différents trois héritages qui se suivent en formant un plan incliné. Les choses étant ainsi, le propriétaire du fonds le plus déclive, que nous appellerons le fonds C, acquiert un droit de prise d'eau qui lui est concédé par le propriétaire du fonds le plus élevé, soit le fonds A, et il traite également avec le propriétaire du fonds B intermédiaire, pour y établir des tuyaux à l'aide desquels l'eau est conduite du fonds A sur le fonds C. Bientôt après le maître du fonds C se rend acquéreur du fonds A, puis enfin il aliène le fonds C en retenant le fonds A. La question qui s'élève est celle de savoir si l'acheteur a le droit d'exiger le maintien de l'aqueduc. Pour trancher cette question, le jurisconsulte romain ne s'inquiète nullement de rechercher quelle a dû être l'intention des parties, et ne songe point à tirer argument de la disposition des lieux à l'effet d'établir cette intention. Ce qui le préoccupe uniquement, c'est d'examiner s'il y avait servitude au moment de l'aliénation. On pourrait en douter, à raison de ce que la propriété du fonds A, qui fournit l'eau, et la propriété du fonds C, qui la reçoit, ayant été réunies dans la même main, il semble que la servitude a dû être anéantie par voie de confusion. Cependant Julien décide que la confusion ne s'est pas produite dans l'espèce, parce que le fonds intermédiaire est toujours resté la propriété d'un autre. Il y a donc eu une portion des héritages intéressés dans la servitude qui est demeurée à l'état d'assujettissement. Dès lors, par suite du caractère d'indivisibilité qui affecte les servitudes, l'extinction du droit n'ayant pas été totale, la confusion fait absolument défaut, attendu qu'elle ne saurait être partielle. D'après cette manière de raisonner on est autorisé à conclure, ce que d'ailleurs la fin du texte

Digitized by Google

énonce positivement, que si les trois fonds avaient été concentrés dans le même patrimoine, il y aurait eu disparition de la servitude; dans ce cas, l'acheteur n'aurait pas été fondé à se prévaloir de l'état matériel des choses pour conserver à son profit les travaux destinés à effectuer l'irrigation, bien qu'ils existassent à l'instant où il s'est porté acquéreur.

155. L'équité est satisfaite assurément de la solution donnée par Julien; mais l'esprit est-il également satisfait du motif sur lequel repose cette solution? L'acheteur dont il est parlé à la loi 31 a vu heureusement ses intérêts sauvegardés grâce à l'indivisibilité des servitudes; mais probablement, quand il s'est décidé à acheter il n'avait pas compté sur cette subtilité de droit. Il s'était dit sans doute : voilà un fonds qui est fertilisé par une conduite d'eau disposée pour accroître les récoltes de ce fonds; je sais ce qu'il peut rapporter à raison de cet aménagement; je le prends dans la condition où il est, ce qui fait que j'en donne tel prix. C'est là le langage du bon sens, inspiré par la vue des lieux, de sorte que la même pensée viendra à l'acheteur de tout fonds arrangé pour profiter d'une irrigation, alors même que le vendeur aurait fait les travaux destinés à l'irrigation, en agissant exclusivement sur son terrain, et sans emprunter l'aide d'un fonds intermédiaire. Supprimez néanmoins cette circonstance, supposez qu'il s'agisse d'un propriétaire qui a utilisé une source, sans valeur peut-être là où elle jaillit, pour féconder une prairie voisine qui lui appartient. Cette prairie s'est améliorée sensiblement depuis qu'elle est pourvue d'un appareil d'arrosement. Survient une vente de la prairie, dans laquelle on omet de spécifier le maintien de l'aqueduc; suivant les jurisconsultes romains, le vendeur peut retenir son eau et ne livrer qu'une prairie qui, devenue aride, produira désormais bien moins qu'elle n'avait l'habitude de le faire. N'est-ce pas tromper l'attente raisonnable qu'avait dû concevoir l'acheteur?

156. L'état de choses existant lors de l'aliénation, voilà ce qui frappe les yeux de l'acquéreur. L'immeuble est apprécié par lui avec les facilités d'exploitation qu'il voit en usage et qui constituent en fait la condition du fonds. Peu importe que ces moyens d'exploitation, se révélant par des travaux apparents, puissent revêtir avant l'aliénation le caractère d'une servitude proprement dite, ou que les éléments exigés scien-

Digitized by Google

tifiquement pour l'idée d'une servitude fassent défaut. Cette distinction est exacte en théorie ; elle n'échappera pas à un jurisconsulte. Mais, dans la pratique des affaires, il ira de soi que les arrangements pratiqués pour l'amélioration d'un héritage doivent être regardés comme des arrangements permanents, destinés à durer, comme modifiant le fonds et en devenant des parties intégrantes, en tant du moins que le contraire n'aura pas été déclaré au moment de l'aliénation.

157. Du reste, il est des hypothèses où la disposition réglée par le propriétaire commun est tellement inhérente à la chose qu'on ne peut songer à y rien changer dans les mains du nouveau propriétaire, sans altérer la substance même et la forme de l'immeuble. Un individu possède deux corps de logis étroitement liés ensemble, de telle sorte que l'un des bâtiments est en partie supporté par l'autre. En mourant, il laisse chacune de ces habitations distinctes à un légataire différent. Le cas est prévu dans la loi 1, D. *De servit. leg.*, où il est question de deux *tabernæ conjunctæ*, avec cette circonstance que : *Quid ex superiore taberna in inferiorem ædificatum esset.* On se demandait s'il ne fallait pas considérer que le testateur avait entendu imposer à la *taberna inferior* la servitude *oneris ferendi.* Minucius avait répondu affirmativement. Cependant Julien semble d'abord vouloir user ici de la même rigueur qu'en matière de vente. Dans ses annotations sur Minucius, il commence par exiger une déclaration expresse de la part du testateur. Toutefois il se décide à admettre la servitude, pourvu que la *taberna* ait été léguée dans l'état où elle se trouve : *uti nunc est.* Sérieusement, n'est-ce pas reconnaître que l'intention de créer une servitude peut être induite de l'état des lieux, sans qu'elle ait besoin d'être énoncée *in terminis?* Ne semble-t-il pas oiseux de dire que les objets légués passeront aux légataires tels qu'ils sont[1] ?

[1] Les hésitations de Julien tenaient peut-être au caractère particulier qui accompagnait en droit romain la servitude *oneris ferendi*, dans laquelle le propriétaire du fonds servant était obligé d'entretenir le mur en état de supporter les constructions du voisin, nécessité qu'on faisait dériver de la formule usitée à cette occasion, comme l'indique la loi 33, D., *De serv. præd. urb.* : *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* C'est pourquoi sans doute Julien attachait de l'importance à ces mots : *uti nunc est.* Néanmoins, abstraction faite de cette difficulté, qui ne roule que sur l'étendue

Digitized by Google

158. La doctrine qui paraît incontestablement avoir dominé dans la jurisprudence romaine, et qui excluait le jeu de ce que nous appelons la destination du père de famille, cette doctrine pouvait donc être exposée à subir des échecs. La force des choses l'emportait quelquefois sur cette idée qu'une servitude, comme contraire à l'état naturel de la propriété, requérait en principe une constitution expresse. Il y avait des cas où la nécessité de tenir compte de la disposition des lieux s'imposait d'une façon absolue [1]; si les parties n'avaient point parlé, les choses, ainsi qu'on l'a dit, parlaient d'elles-mêmes. L'influence de la destination du père de famille n'est point par conséquent restée totalement inconnue en droit romain. Seulement elle n'y apparaît qu'alors qu'il est tout à fait impossible de ne point lui faire une place. Il était réservé à une autre législation de tracer des règles plus larges suivant lesquelles pourrait opérer ce mode de constitution des servitudes.

159. L'interprétation raisonnable de la volonté des parties, qui est toute la base de ce mode de constitution, se fit jour dans notre pays, par suite de cette tendance de l'esprit français à faire prévaloir la bonne foi comme la règle générale d'après laquelle doivent être appréciées toutes les conventions. Quand il y a deux héritages mis en rapport entre eux, de façon que l'un rende service à l'autre, et que cet arrangement se révèle pas de travaux ostensibles, n'est-il pas naturel de supposer que ceux qui traitent à l'occasion de ces héritages les ont envisagés tels qu'ils étaient à ce moment, avec les avantages ou les inconvénients résultant de cette situation? N'est-il pas plus conforme à l'intention véritable des parties, qui ont gardé le silence, de décider qu'elles ont entendu maintenir le *statu quo*, plutôt que de leur supposer la pensée secrète de vouloir innover et détruire ce qui existe? Le propriétaire d'une maison

de la servitude, il ne pouvait être douteux en aucun cas que le légataire de la *taberna inferior* n'était pas fondé à exiger la démolition de l'autre *taberna* pour la partie qui reposait sur son batiment, en sorte qu'il y aurait toujours eu, même à défant des termes : *uti nunc est*, une véritable servitude tacitement constituée.

[1] On trouvera dans la première partie de la loi 47, D., *De damn. inf.*, un autre exemple de servitude découlant de la destination du père de famille, à raison de particularités dans la disposition des édifices, qui rendent encore la servitude indispensable.

Digitized by Google

la vend, en gardant un terrain sur lequel la maison vendue a des fenêtres ouvrant immédiatement, ou sur lequel tombent les égouts des bâtiments aliénés ; le propriétaire d'une prairie traversée par des canaux d'irrigation vend cette prairie, en retenant le fonds d'où provient la source qui a reçu la destination de fertiliser la prairie. A défaut d'explications précises dans le contrat, va-t-on déclarer que les fenêtres devront être bouchées, que les égouts devront être supprimés, que la prairie devra être privée du bénéfice des eaux qui développaient sa fécondité? Telle était, nous l'avons vu, la décision suivie en droit romain, décision fort peu équitable assurément. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que ces idées n'aient pas été d'abord accueillies en France, et que le premier mot de la législation nationale sur cette matière ait été de condamner cette doctrine rigoureuse pour, en prendre justement le contre-pied.

160. C'est ce dont il est facile de se convaincre, en se reportant au premier essai de rédaction des usages observés chez nous en matière de servitudes ; on y trouve positivement consacrée pour le cas qui nous occupe la règle d'une constitution tacite. Cette règle reçut la formule suivante dans l'article 91 de l'ancienne coutume de Paris : « *Par ladite coutume, disposition ou destination du père de famille vaut titre.* » Le sens de ces expressions ne saurait être douteux. Deux héritages, aujourd'hui séparés, ont appartenu précédemment au même propriétaire : tandis qu'ils étaient réunis dans la même main, il y a eu une *disposition* telle que l'un des héritages retirât de l'autre une utilité; cette circonstance de fait, sous le nom de destination du père de famille, est aussi efficace pour engendrer désormais une servitude que s'il y avait un titre, c'est-à-dire que si la volonté de créer la servitude avait été formellement exprimée. On doit voir dans l'état matériel des lieux un titre muet équivalant à un titre écrit. C'est bien ainsi que l'entendait Dumoulin, qui exigeait seulement une *destinatio, non temporalis sed perpetua.*

161. Malheureusement ce système était directement contraire au droit romain, et, comme tel, il ne trouva pas grâce devant les réformateurs de la coutume en 1580. Aux yeux de la plupart des jurisconsultes de cette époque, le droit romain était un type de législation parfaite, qu'on ne saurait trop imi-

Digitized by Google

ter; pour améliorer dans ce sens la coutume, on y inséra une disposition (art. 215) écrite évidemment sous l'inspiration du fragment 10, D., *Comm. præd.*, que nous avons cité plus haut[1]. Pour être conséquent, il eût fallu effacer résolûment la destination du père de famille comme moyen de constituer une servitude. Néanmoins la coutume réformée continuait à mentionner ce mode. Après l'article 215, dont on connaît la portée, vient un article (216), qui commence par dire : *Destination du père de famille vaut titre.* Si l'on s'était arrêté là, ainsi que le faisait l'ancienne coutume, il y aurait eu contradiction avec l'article précédent. Les réformateurs le comprirent, et ils ajoutèrent ces mots fort importants : *quand elle est ou a été par écrit et non autrement.* Cette addition n'était, en réalité, autre chose que l'abolition du mode particulier constaté comme droit en usage par les auteurs de la coutume primitive, moins imbus de respect pour le droit romain. Qui ne voit, en effet, qu'exiger un écrit même à l'occasion des servitudes conformes à un règlement antérieur fait par le propriétaire commun, c'est ne tenir aucun compte de cette circonstance? Les servitudes, qui ne seraient que la consécration de l'ancienne disposition des lieux, ne sont pas traitées autrement que celles qui, n'ayant pas cette origine, surgiraient au moment de la séparation des héritages, grâce à la volonté des parties. Puisqu'il faut toujours un écrit, qu'importe que l'on fasse des innovations ou qu'on maintienne ce qui existait[2] ?

[1] Voir n° 116. — Voici la teneur de cet article 215 : « *Quand un père de famille met hors ses mains partie de sa maison, il doit spécialement déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors ses mains, ou quelles il institue sur le sien : il les faut nommément et spécialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure, qu'espèce de servitude. Autrement toutes constitutions générales de servitudes, sans les déclarer comme dessus, ne valent.* »

[2] Cette critique de l'article 216 n'avait point échappé aux anciens commentateurs. Duplessis, sur le titre IX, *Des servitudes*, liv. I, p. 370, après avoir dit que la règle : nulle servitude sans titre avait toujours eu lieu tant dans l'ancienne que dans la nouvelle coutume, écrivait ce qui suit : « *L'ancienne faisait une exception : savoir que la destination du père de famille valait titre; mais la nouvelle coutume y a ajouté les mots :* QUAND ELLE EST OU A ÉTÉ PAR ÉCRIT, ET NON AUTREMENT ; *ce qui est autant que si on avait entièrement rayé l'article, puisqu'il se trouve ainsi que la destination du père de famille pour constituer une servitude ne sert de rien, et qu'il en faut toujours un titre par écrit.*

Digitized by Google

162. Les dispositions bizarres de la nouvelle coutume de Paris, touchant la destination du père de famille, furent reproduites par quelques autres coutumes, en petit nombre cependant, notamment par la coutume d'Orléans. Certaines coutumes conservèrent la mention de ce mode de constitution des servitudes, sans exiger la nécessité d'un acte écrit. Enfin la plupart des coutumes gardaient sur la matière un silence absolu. Nous n'avons point à nous occuper des controverses qui s'élevèrent entre les anciens auteurs, à l'occasion de cette dernière classe de coutumes, pour décider s'il fallait rejeter la destination du père de famille ou l'admettre moyennant telles ou telles conditions. Nous ferons seulement observer que, relativement à la seconde catégorie des coutumes, fut agitée la question de savoir s'il fallait se conformer aux prescriptions de la coutume de Paris, c'est-à-dire produire un écrit. La négative prévalut avec raison. C'est ce qui est attesté par l'un des derniers auteurs qui aient commenté l'ancien droit sur la matière des servitudes, par Lalaure, zélé défenseur cependant du texte de la coutume de Paris. Voici comment il termine la discussion de ce point, liv. III, ch. IX : « *En sorte que l'on doit penser que dans toutes les coutumes qui portent que destination du père de famille vaut titre, sans ajouter ces mots*, QUAND ELLE EST OU A ÉTÉ PAR ÉCRIT, *la simple destination suffit, et le titre muet supplée au titre écrit.* »

163. Il ne pouvait se faire que le système consacré par la nouvelle coutume de Paris ne soulevât pas de récriminations. Aussi fut-il censuré par de Lamoignon dans ses arrêtés, qui étaient, on le sait, le résultat des délibérations de jurisconsultes réunis par ce magistrat, dans le noble but de préparer l'unité de la législation française. De Lamoignon déplorait qu'on se fût écarté des dispositions de l'ancienne coutume, qu'il considérait comme le droit commun des pays coutumiers. Il faisait observer que les papiers étant sujets à de nombreux accidents, la perte du titre emportait l'extinction de la servitude, ce qui occasionnait souvent des procès, au lieu, disait-il, que l'état ancien des bâtiments fait une preuve certaine et infaillible de l'état des servitudes. A côté de considérations si concluantes, les motifs donnés pour justifier la réformation de la coutume n'avaient que bien peu de valeur. Il était à craindre, suivant Lalaure, qu'on ne prît à la longue pour des destinations de

Digitized by Google

père de famille des arrangements faits par les locataires de maisons se joignant, les locataires, prétendait-il, demeurant quelquefois vingt, trente et quarante ans dans la même maison.

164. Pothier n'avait pu se résoudre à admettre la nécessité, pour la constitution de la servitude, d'un écrit qui constatât, au moment de la séparation des héritages, la volonté expresse de maintenir l'état précédent des lieux. Voici ce qu'il avait imaginé, pour faire concorder sa doctrine avec les articles 227 et 228 de la coutume d'Orléans, copiés textuellement sur les articles 215 et 218 de la coutume de Paris. A ses yeux, l'article 227 était étranger à la destination du père de famille; il n'avait trait qu'aux servitudes que l'on entendait établir, à titre d'innovation, lors de l'aliénation; il n'était que la reproduction de la doctrine de Paul, dans la loi 7, pr., D., *Comm. præd.*, sur l'inefficacité de la réserve en termes vagues d'une servitude dont l'espèce ne serait point précisée. Aussi Pothier enseignait-il que cet article recevait *exception* au cas de l'article suivant, c'est-à-dire quand il y avait destination du père de famille. C'est pourquoi, dans ses observations sur l'article 228, après avoir indiqué les circonstances constitutives de cette destination, il disait qu'au moment de la séparation des héritages la servitude prenait naissance, sans qu'il fût besoin d'une mention expresse. « La raison en est, écrivait Pothier, « que la maison qui a été aliénée est censée l'avoir été en l'état « qu'elle se trouvait, et pareillement que lorsqu'elles ont été « partagées, elles sont censées l'avoir été telles et en l'état « qu'elles se trouvaient. »

165. On ne peut mieux expliquer l'inutilité d'un écrit au point de vue de l'intention des parties lors de l'aliénation. Tontefois, en déclarant un écrit superflu à cet égard, il fallait trouver un sens aux derniers mots de l'article de la coutume : *quand elle est ou a été par écrit, et non autrement*. Suivant Pothier, ces mots se référeraient à l'arrangement réglé par le propriétaire commun; c'est sur cet agissement du père de famille qu'il fallait produire une preuve écrite, pour laquelle du reste on devait se contenter des marchés écrits passés avec les ouvriers, ou des quittances données par ceux-ci. N'était-ce pas, en vérité, tomber de Charybde en Scylla? Si le besoin d'un écrit n'existe pas pour laisser les choses dans l'état, à l'instant où l'aliénation fait naître un intérêt opposé au main-

Digitized by Google

tien du *statu quo*, cette précaution se conçoit encore moins quand il s'agit d'un propriétaire, qui travaille sur son terrain, qui ne s'inquiète point de l'avenir, qui n'a auprès de lui aucun contradicteur avec lequel il puisse régler la situation dont il est seul maître. Pothier est obligé de mettre le père de famille en rapport d'écritures avec les ouvriers qu'il emploie. Mais le plus souvent il n'y aura eu ni marché écrit, ni quittance écrite, les travaux dont il est cas ayant peu d'importance; et si par hasard il y a eu quelques écrits de cette nature, ils ne constituent pas des titres de propriété; ce sont là des papiers qu'il n'est guère d'usage de conserver avec soin. Un jour venant, celui qui possède l'héritage, en faveur duquel le droit à la servitude dépend de l'exhibition de la preuve écrite dont parle Pothier, sera fort embarrassé pour produire des actes qui n'ont jamais existé, ou qui n'ont eu qu'une existence éphémère.

166. Telle n'était pas assurément la pensée des réformateurs de la coutume de Paris; telle n'était pas l'interprétation adoptée généralement par les auteurs des pays coutumiers. Le sens véritable, que nous avons développé plus haut, fut d'ailleurs fixé par la jurisprudence, ainsi que le constatent divers arrêts cités par Lalaure. Toutefois ce sens était si peu raisonnable que les faits se chargèrent de mettre en relief les inconvénients de la doctrine formulée par les réformateurs de 1580. L'iniquité de cette doctrine éclata à l'occasion d'un procès entre le sieur Rousset de Valleroche et le sieur de Casaubon. On trouvera tous les détails de cette affaire dans Lalaure[1], qui jugea l'espèce trop intéressante pour ne pas la rapporter.

167. En fait, le sieur de Valleroche, propriétaire à Paris de deux maisons contiguës, avait vendu au sieur Casaubon l'une de ces maisons, laquelle avait des fenêtres sur une cour dépendant de la maison retenue par le vendeur. Le contrat de vente portait que la maison était vendue ainsi qu'elle se poursuivait et comportait, sans en rien excepter ni réserver; mais il n'y était fait aucune mention desdites fenêtres. Deux ans après la vente, le sieur de Valleroche s'avisa d'exiger la suppression des fenêtres; il gagna son procès devant le Châtelet,

[1] Page 226 et suiv.

Digitized by Google

qui fit application des articles 215 et 216 de la coutume de Paris, sentence qui est fort approuvée par Lalaure. Cependant le même auteur nous apprend que sur l'appel le sieur de Casaubon, mieux conseillé, embrassa un genre de défense bien plus solide, qui fut de demander à la Cour la nullité du contrat pour cause de lésion, à l'effet de quoi il prit des lettres de rescision. Ce moyen triompha, et suivant arrêt du 29 mars 1760, le Parlement déclara nul et résolu le contrat, si mieux n'aimait le sieur de Valleroche laisser subsister à perpétuelle demeure les jours, vues et servitudes dont il était question. Il paraît que le sieur de Valleroche opta pour ce dernier parti, et qu'il se résigna à subir les servitudes plutôt que de reprendre sa maison en rendant le prix.

168. Cet arrêt était le coup de grâce pour le système introduit par la nouvelle coutume. L'opinion du monde juridique ne s'y trompa pas; aussi le bruit du palais était-il que la Cour avait prononcé contre le texte de la coutume. Néanmoins Lalaure ne se rend pas; il soutient que, nonobstant l'arrêt, les articles 215 et 216 sont restés debout. Car enfin, dit-il, si le sieur de Valleroche eût voulu, les servitudes n'auraient pas subsisté; il n'avait qu'à reprendre sa maison et à la vendre à un autre, *en le chargeant par le contrat de boucher les jours.* Ces derniers mots sont de trop dans le panégyrique de la coutume réformée. Son texte, en effet, dispensait le vendeur d'imposer cette charge à l'acheteur, puisque les servitudes, malgré leur conformité à l'état des lieux, étaient condamnées à disparaître, si elles n'avaient pas été expressément réservées. Mais, d'un autre côté, depuis la jurisprudence de 1760, on devait annuler la vente pour le cas où, les parties ayant gardé le silence, le vendeur prétendrait modifier les anciennes dispositions. Il s'ensuivait que, en dernière analyse, l'aliénation, non accompagnée d'explication, n'était valable qu'à la condition du maintien du *statu quo,* que, par conséquent, la constitution des servitudes était tacite. C'est dans ce sens, en effet, que se dénoua le procès entre les sieurs de Valleroche et de Casaubon.

169. Les choses en étaient là lorsque les rédacteurs du Code eurent à statuer sur les effets de la destination du père de famille. Les décisions auxquelles ils s'arrêtèrent à cet égard

Digitized by Google

reçoivent, nous le croyons, une grande lumière de l'examen des textes antérieurs. Laissons de côté l'article 693, qui n'a pas d'analogue dans la coutume de Paris. Son but est de définir ce qu'on doit entendre par destination du père de famille, et nous verrons que cette définition trop étroite a servi de base à l'un des systèmes par lesquels on prétend concilier les articles 692 et 694. Quant à ces deux articles, ils ne sont, avec un changement dans l'ordre des dispositions, que les articles 215 et 216 retournés. L'article 692 correspond à l'article 216 de la coutume de Paris, sauf qu'il le modifie radicalement, au moyen du retranchement de cette condition : *quand elle est par écrit et non autrement*. En ce qui touche l'article 694, il prévoit le même fait que l'article 215 de la coutume; mais il donne une solution inverse, puisqu'il induit la constitution de la servitude du silence gardé dans le contrat.

170. Il est temps d'aborder la difficulté à laquelle a donné lieu le rapprochement des articles 692 et 694, difficulté qui a tant exercé la plume des commentateurs, et qui a fait surgir tant de décisions judiciaires contradictoires entre elles. D'une part, quand le législateur, dans l'article 692, investit de la force d'un titre la destination du père de famille, il limite l'application de ce mode de constitution aux servitudes tout à la fois continues et apparentes. D'une autre part, l'article 694, à l'occasion d'une espèce qui semble bien appartenir au domaine de la destination du père de famille, se contente d'un signe apparent, sans exiger en outre la continuité.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

NOTRE MARINE MARCHANDE ET SON AVENIR,

Par Jules Leveillé,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris, chargé d'un Cours de droit maritime.

SOMMAIRE.

I. Colbert (1661-1683). — Protectionisme maritime.
II. Loi du 19 mai 1866. — Libre concurrence des pavillons. — M. Thiers, défenseur des surtaxes. — Réfutation; le protectionisme maritime en se prolongeant a compromis nos manufactures, notre commerce, et n'a même pas servi notre marine.
III. Causes de la grandeur de la marine marchande anglaise. — Comment l'Angleterre s'est-elle constitué un fret d'entrée et un fret de sortie?
IV. Par quels moyens pratiques peut-on relever et développer la marine marchande française? — Constitution de la marine française en un syndicat; transformation de l'assurance. — Zolwerein franco-allemand; acquisition du commerce d'entrepôt. — Courtage des marchandises et du fret opéré à l'étranger par nos agents consulaires. — Réforme de l'inscription maritime. — Fondation d'une banque maritime; la France manque d'institutions de crédit industriel.

1. Je veux dans ces premières pages de mon livre[1] jeter sur notre marine marchande un regard d'ensemble.

J'essayerai de dire son passé, en exposant le régime que lui donna Colbert (1661-1683) et que la France a maintenu deux cents ans.

J'essayerai de mesurer ses chances d'avenir, en appréciant le régime nouveau que la loi du 19 mai 1866 inaugure.

I.

Colbert (1661-1683). Protectionisme maritime.

2. Notre marine marchande est véritablement fille de Colbert.

Qu'était-ce que Colbert? Colbert était né à Reims dans la boutique d'un marchand de laine. Doué, comme il l'écrit lui-même avec une modestie qui n'est pas sincère, d'une intelligence médiocre qui n'était bonne qu'aux spécialités, il s'était voué aux matières économiques. Recommandé par Mazarin mourant à Louis XIV, il gagna le roi comme il avait gagné le cardinal par l'indépendance de ses jugements, par la hauteur de ses

[1] Ce travail est la préface d'un traité de Droit maritime, en préparation. Bien des idées n'y sont encore qu'indiquées, dont le développement et la justification viendront naturellement à leur place dans le cours de l'ouvrage.

Digitized by Google

vues. Pendant vingt-deux ans il travailla avec le souverain au bien du pays. Il faut lire la volumineuse correspondance qu'il a laissée. On y sent à chaque ligne tout ce qu'il y avait dans cette âme forte de pénétration, d'honnêteté et de patriotisme. Je négligerai dans Colbert le ministre des finances; je ne dois voir en lui que le ministre du commerce; je dois même me restreindre à l'influence directe qu'il eut sur la marine marchande; mais dans ce cadre limité son génie éclate encore.

3. Quand Colbert parvint au pouvoir, quelle était au point de vue maritime la situation de l'Europe?

L'Europe toute entière comptait vingt à vingt-cinq mille navires de commerce peut-être; la Hollande seule en possédait seize mille. C'est que la Hollande avait adopté des principes virils, qui partout et toujours portent bonheur, la liberté politique, la liberté religieuse. Dans ses ports s'entreposaient tous les produits du monde, les épices des Indes et de l'Amérique, les laines de l'Angleterre, les vins de France. Ses capitaines se nommaient fièrement les rouliers des mers; ils avaient accaparé tous les transports par le bon marché du fret. Et pourtant la Hollande succomba; elle reposait sur une base trop étroite; elle ne put résister à deux grands peuples, la France, l'Angleterre, conduits par deux grands hommes, Colbert, Cromwell. Je ne m'occuperai d'abord que de la France et de Colbert.

4. Colbert, devenu ministre, conçut pour son pays une noble ambition. Il résolut d'abattre le monopole du pavillon hollandais; il voulut en France fonder une marine de premier ordre; à cette tâche il dépensa sa vie. Il fit des miracles. Nous n'avions pas de navires; nous avions peu de matelots; notre commerce extérieur et nos armements languissaient; les lois de la mer étaient éparses dans des recueils discutés. Colbert réforma tout.

5. Le *matériel* manquait; en 1664, suivant l'aveu du ministre lui-même, la France n'avait pas deux cents bâtiments raisonnables dans ses ports.

Colbert encouragea l'industrie des constructions navales. Il attira par l'appât de salaires élevés les charpentiers hollandais qui formèrent nos ouvriers. Il promit aux armateurs qui mettraient des navires en chantier des primes considérables. Il fit dresser l'inventaire de nos richesses forestières; pour en empêcher le gaspillage, il publia l'ordonnance de 1669 sur les

Digitized by Google

eaux et forêts. Il avait à ce point de vue spécial des constructions navales pressenti la haute importance du Canada, tout couvert de bois magnifiques. C'est une industrie qui doit prospérer là, disait-il. Il avait vu juste. Aujourd'hui le Canada, passé aux mains de l'Angleterre, est une véritable manufacture de bâtiments à bon marché.

6. Le *personnel* manquait.

Sous l'administration de Richelieu, quand le roi pour ses flottes avait besoin d'équipages de ligne, il s'adressait aux paroisses qui devaient lui fournir un contingent déterminé de marins. Si les paroisses ne s'exécutaient pas promptement, le roi employait le procédé brutal de la presse. A bord des vaisseaux de l'État les matelots étaient rudoyés par les capitaines qui, chargés de les nourrir, abusaient de leur autorité pour leur imposer un régime alimentaire détestable. Aussi la désertion était-elle à l'ordre du jour.

Colbert pensa que pour constituer un personnel stable il fallait améliorer la condition du marin. Il immatricula sur les registres de l'inscription maritime tous les hommes qui naviguaient, les appela par une sorte de roulement de trois ou quatre années l'une au service de l'Etat. Mais il changea le régime du bord ; il sépara les attributions du commandement et les attributions de l'intendance ; il assura par des prescriptions sévères le bien-être des classes embarquées; il fonda pour les malades des hôpitaux, pour les vieillards la caisse des invalides.

7. La marine a besoin de *fret;* elle ne peut pas travailler à vide; c'est le commerce extérieur qui lui prépare ses cargaisons. Colbert favorisa l'expansion du commerce extérieur.

Il désirait surtout nouer des relations directes entre la France et les pays producteurs de matières premières. Aussi conçut-il en 1669 l'idée des surtaxes d'entrepôt; ces surtaxes grevaient d'un impôt spécial, 20 p. 100, les marchandises qui, au lieu de venir en droite ligne du Levant en France, faisaient escale dans les magasins de Gênes ou de Livourne. Par ces surtaxes le ministre voulait faire obstacle aux courtes navigations et pousser les armateurs aux opérations du long cours.

Dans ces mêmes parages du Levant les consuls français, négligeant leur office et trafiquant pour leur compte personnel, s'inquiétaient peu de nos négociants et prélevaient sur eux des

Digitized by Google

tributs scandaleux. Colbert mit fin à ces désordres ; il réorganisa en 1664 l'institution des consulats, déclarant que les titulaires qui trafiqueraient pour leur compte seraient révoqués, et que toute taxe illégale, levée sur les nationaux, était une concussion.

La France avait pris goût aux produits exotiques, aux denrées tropicales. Le ministre souhaita que sur tous les points du globe nos armateurs trouvassent des stations, des lieux d'approvisionnement. Il consolida, il développa notre empire colonial. Il pensait que la France devait occuper fortement le Canada, les Antilles, le cap de Bonne-Espérance, les Indes..... L'Angleterre a réalisé ces projets grandioses!

Pour donner plus de force d'expansion au commerce extérieur, Colbert, imitant sur ce point la Hollande, créa ou réorganisa de puissantes compagnies maritimes, qu'il chargea d'exploiter le commerce et la navigation des colonies. Il les exempta de taxes; il les fit commanditer par le roi. Pour attirer des hommes et des capitaux dans ces associations, il fit déclarer par des ordonnances que les gentilshommes pouvaient, sans déroger, se livrer aux armements maritimes et au commerce en gros; sous l'influence de la même idée le roi conféra des titres nobiliaires aux planteurs hardis qui osaient les premiers fonder des établissements importants aux colonies. On a beaucoup critiqué la création de ces grandes compagnies privilégiées; mieux valent cent fois, a-t-on dit, la libre concurrence des particuliers, l'initiative privée. Je réponds simplement qu'il fallait au XVIIe siècle frayer à nos négociants et à nos armateurs une route périlleuse vers des rivages lointains; il fallait risquer des avances qui se chiffraient par millions. De nos jours d'ailleurs, quand il s'est agi d'établir solidement sur notre sol l'industrie des chemins de fer, n'a-t-on pas dû, comme au XVIIe siècle, susciter de vastes compagnies armées comme leurs devancières de subventions et de monopoles temporaires? On n'atteint pas du premier coup l'idéal.

8. Colbert, après avoir développé le fret par l'extension de notre commerce extérieur, voulut le réserver à nos nationaux par des artifices de législation.

C'est ainsi que pour certaines navigations il prohiba d'une façon absolue l'intervention du pavillon étranger. Les navires français seuls purent se livrer à la pêche, à l'intercourse colo-

Digitized by Google

nial. La colonie, qui ne pouvait vendre ses produits qu'à la métropole, acheter des objets manufacturés que de la métropole, ne devait pour l'enlèvement de ses produits s'adresser qu'aux navires de la métropole. Cet ensemble de règles, qui réalise si bien l'exploitation abusive de la colonie par la mère patrie, constitue ce qu'au XVIIe siècle on appelle le pacte colonial.

Dans la navigation de concurrence, j'entends par là celle à laquelle peuvent se livrer les armateurs français et les armateurs étrangers, les armateurs étrangers étaient frappés d'une surtaxe onéreuse qui, les rendant des transporteurs coûteux, devait éloigner d'eux les chargeurs. Colbert maintint en effet, malgré toutes les protestations de la Hollande, le droit de tonnage, imaginé par le surintendant Fouquet, qui grevait de 50 sous par tonneau les navires étrangers.

Ce droit de tonnage n'était du reste que l'application à la marine d'une théorie générale du ministre : « La France, disait-il, doit se suffire à elle-même par ses campagnes, par ses fabriques, par ses navires; au moyen de l'impôt décourageons la concurrence étrangère. » Les tarifs douaniers de 1664-1667 abritèrent nos manufacturiers; le droit de tonnage abrita nos armateurs. Cette théorie, qui par l'impôt garantit la production et le travail indigènes contre la production et le travail étrangers, c'est le *système protecteur*.

On a blâmé Colbert d'avoir établi en France le système protecteur. Débarrassées de la concurrence étrangère, observe-t-on, les industries nationales s'endorment; elles exploitent à des prix abusifs le marché intérieur; les consommateurs sont sacrifiés: le protectionisme mène tôt ou tard à l'engourdissement des forces productives du pays. Pour rester justes, n'oublions pas les dates. En 1661 il s'agissait de couvrir des industries naissantes, il s'agissait de les faire naître; or, dans cette limite, pas un homme pratique ne contestera l'efficacité d'une protection législative. Ce qui justifie Colbert précisément, c'est le succès immédiat qu'il obtint. En 1664 le ministre constate lui-même que nous n'avions pas 200 bâtiments raisonnables dans nos ports. En 1669 nous en comptions déjà 600; en 1683 le pavillon français parcourait toutes les mers. Colbert avait voulu qu'à bref délai notre marine rivalisât avec la marine hollandaise; quand il mourut, ce vœu de toute sa vie était rempli. Ce qu'il faut blâmer dans le sys-

Digitized by Google

tème protecteur, c'est sa prolongation excessive; mais Colbert n'est pas responsable d'une faute que ses successeurs seuls ont pu commettre. Il n'a jamais prétendu que le régime qu'il organisait fût le régime définitif du pays; loin de là, faisant allusion à ses tarifs douaniers, à ses surtaxes différentielles, il disait d'une façon pittoresque : Mes tarifs, mes surtaxes sont des béquilles qui soutiennent les premiers pas de la France dans les voies économiques.

9. Les usages de la mer étaient épars dans des recueils déjà nombreux : les coutumes de la Méditerranée étaient résumées dans le Consulat, les coutumes de l'Océan dans les Rôles d'Oléron, les coutumes de la Manche dans le Guidon, les coutumes de la Baltique dans les lois de Wisbuy. Colbert interrogea ces sources variées; il fit de plus dans nos ports une véritable enquête sur les besoins de la navigation; puis il publia la belle *ordonnance de* 1661. Cette ordonnance règle le droit maritime public et privé; elle brille par la clarté, par l'équité de ses décisions; mais elle a des défaillances graves, les questions de crédit notamment n'y sont pas comprises. L'ordonnance imposa bientôt à toute l'Europe son autorité doctrinale; elle a eu l'honneur d'être au XVIIIe siècle commentée par deux jurisconsultes d'élite, Valin de la Rochelle, Emérigon d'Aix.

10. Voilà dans ses traits essentiels quelle fut l'œuvre de Colbert.

Dépositaire d'un pouvoir illimité, il se fit avec une ardeur infatigable le collaborateur actif, résolu de nos industries. Je n'ignore pas l'excès des règlements intérieurs qu'il édicta; mais, en dépit de ses fautes, il reste dans la sphère du commerce et de la marine le plus grand ministre que la France ait eu jusqu'à nous. Possédant à un égal degré les deux qualités qui font l'homme d'État, l'intelligence qui conçoit, l'énergie qui exécute, il consacra à la fortune économique du pays toutes les puissances de son âme.

11. Un dernier trait dira quelle place Colbert doit tenir dans l'histoire. Le régime dont il a doté notre marine marchande était hier encore, il est aujourd'hui même dans une large mesure le régime de notre industrie navale. L'édifice, que son génie avait élevé de la base jusqu'au faîte, traversant deux siècles de désordre et de guerre, est ainsi demeuré debout, presque intact, jusqu'à nos jours.

Digitized by Google

En veut-on la preuve? Je puis la fournir rapide et décisive. Je ne reprends plus les détails du plan du ministre; je ne m'attache qu'aux institutions principales.

L'inscription maritime? Elle fonctionne toujours sous nos yeux, améliorée sur certains points, maintenue dans son principe. L'ordonnance de 1681? Elle a été servilement copiée par le Code de 1807; le livre II du Code disparaîtrait, nous le reconstituerions tout entier avec les fragments de l'ordonnance; le projet qu'une commission spéciale a préparé sur le droit maritime, et qui vient d'être déposé au Conseil d'État, remplacera donc directement l'ordonnance. Le pacte colonial, depuis quand est-il déchiré? Depuis 1861. Les surtaxes d'entrepôt, généralisées par les lois douanières de 1816 et 1817? elles sont désormais tournées contre les entrepôts anglais et hollandais. Le système protecteur? il est maintenu par l'acte fameux de 1793, qui exagère jusqu'à l'abus les réserves de navigation; il est maintenu par les lois de 1814 et 1816 qui, non contentes du droit de tonnage, édictent contre les bâtiments étrangers les surtaxes de pavillon; il n'est condamné que par la loi toute récente du 19 mai 1866; il ne disparaîtra définitivement qu'en 1869!

Lorsque j'exposais avec quelque soin les réformes de Colbert, il est donc vrai que je décrivais par avance le régime actuel de notre marine; j'étudiais le présent dans sa source.

II.

Loi du 19 mai 1866. — Libre concurrence des pavillons. — M. Thiers. — Réfutation.

12. En 1860 le gouvernement pensa que l'heure était venue pour la France de changer un système économique, vieux de deux cents ans.

Un premier fait, qui causa dans le monde des affaires les plus vives émotions, révéla ses intentions réformatrices. L'empereur signa avec l'Angleterre un traité par lequel les taxes douanières, qui frappaient à l'importation les produits anglais, étaient réduites. Ce traité, qui ne touche pas à la marine, ne supprimait pas, il diminuait seulement la protection artificielle qui avait jusqu'alors garanti nos manufacturiers et nos agriculteurs.

Digitized by Google

Bientôt en 1866, éclairé par une enquête spéciale, le gouvernement résolut d'abroger complétement les droits de tonnage et les surtaxes de pavillon qui grevaient les navires étrangers. Il en fit la proposition au Corps législatif. Malgré les protestations éloquentes de MM. Thiers et Pouyer-Quertier, le projet de loi que défendirent avec éclat MM. Rouher et de Forcade la Roquette fut voté. La marine est donc de toutes nos industries la première qui soit dépouillée de toute protection, la première qui soit soumise à la concurrence illimitée de l'étranger.

Notre marine est-elle si prospère qu'elle puisse braver ses rivales? Hélas! non. Loin de grandir, elle décline plutôt. En 1864 nous avions 3,000 voiliers de 200 tonneaux et plus, les Anglais en avaient 28,000; nous comptions 345 steamers, les Anglais en comptaient 2300.

Mais pourquoi notre marine est-elle si chétive?

Je négligerai les causes secondaires [1], je veux m'attacher à la cause essentielle. Notre marine souffre, parce qu'*elle manque de fret*. Toute la question de la marine est là. Aussi bien est-ce sur ce point qu'à la Chambre le débat s'engagea.

13. Quelle était la thèse soutenue par M. Thiers?

Quand nos navires, dit l'éminent orateur, partent de France pour les pays lointains, l'Inde, l'Australie, ils ont besoin d'un fret de *sortie*. Eh bien! ils n'en trouvent pas; ce n'est pas la faute de nos armateurs, c'est la faute de notre sol. Nous n'avons pas, comme les Anglais, de vastes bassins houillers, de puissants gisements de minerais; à peine récoltons-nous dans le Bordelais quelques vins susceptibles d'exportation; nos produits fabriqués, la soierie de Lyon, les modes de Paris, les mousselines d'Alsace, sont des merveilles de goût; mais ils ne pèsent pas, ils n'emplissent pas une cale, ils ne constituent pas des articles d'encombrement; fatalement nous partons à vide; dans le voyage d'aller nous ne gagnons rien ou presque rien. Aussi quand nos navires reviennent des ports de l'Inde ou de l'Australie, ils sont contraints de chercher des

[1] Les causes secondaires de la faiblesse de notre marine marchande sont: la cherté relative de nos constructions navales, l'excès des charges qu'imposent les règlements, l'absence d'institutions de crédit maritime, le défaut de correspondants à l'étranger, etc. Je m'expliquerai sur ces divers points dans le cours de l'ouvrage.

Digitized by Google

frets de *retour* à des prix très-rémunérateurs; car il faut pour nos compatriotes qu'une seule évolution du navire paye les frais de toute la campagne. L'Anglais au contraire, qui a gagné un fret d'aller, peut prendre le fret de retour à meilleur marché que nous. Si donc nous avions laissé les choses à leur cours naturel, l'étranger nous eût toujours enlevé les frets d'entrée, notre marine partie sur lest fût revenue sur lest, c'est-à-dire qu'elle eût été condamnée à mourir. Mais le législateur était intervenu; par une combinaison ingénieuse il avait indirectement assuré à nos armateurs ce fret de retour si précieux. Le navire étranger avait été frappé d'une surtaxe qui amenait l'enchérissement inévitable de ses services. Nos compatriotes pouvaient dès lors, à l'abri de ces surtaxes, enlever les cargaisons d'entrée. Notre marine vivait ainsi, grâce aux frets de retour qu'elle devait à l'habile partialité de la loi. Malheureusement ces surtaxes, qui réparaient une imperfection de notre sol, ont été diminuées par les lois douanières de 1860 et supprimées vis-à-vis de certaines nations déterminées par vingt-six traités diplomatiques. Or que fait en 1866 le gouvernement? Il propose d'élargir les brèches si maladroitement faites au système protecteur. Il ne laisse même pas à nos armateurs la protection modérée dont nos manufacturiers et nos agriculteurs jouissent encore après le traité de 1860. Il veut enlever à la marine toute protection. Battus dans la navigation de concurrence par des rivaux qui, plus heureux que nous, ont des frets de sortie, nos armateurs se réfugieront-ils du moins dans la navigation réservée? Mais la navigation réservée est morte. Le cabotage s'en va, tué par les tarifs différentiels des chemins de fer.

14. Cette argumentation si vive de M. Thiers, que vaut-elle?

J'ai le regret de ne partager presque aucune des opinions économiques de l'illustre orateur. J'essayerai aujourd'hui de réfuter sa défense du protectionisme appliqué à la marine. Je crois en effet que le protectionisme maritime, en se prolongeant, non-seulement a nui à nos industries, mais je crois qu'il n'a même pas servi notre marine.

15. Le protectionisme maritime a d'abord compromis le fret de *sortie*.

La France n'a pas de fret de sortie naturel. Soit! il est dès lors d'autant plus essentiel qu'à force d'énergie notre indus-

Digitized by Google

trie le crée. Eh bien ! voyons l'influence qu'auront sur la constitution du fret de sortie les surtaxes de pavillon. L'Australien expédie pour France sa récolte de laines. Couvert par la surtaxe, l'armateur français obtient un fret rémunérateur, artificiellement surélevé de 20 p. 100, je suppose. Suivons les conséquences meurtrières de cette surélévation. Nos manufacturiers ne reçoivent plus au prix vrai la matière première qu'ils transforment; ils produisent chèrement ; nos négociants exportateurs dès lors placeront moins facilement sur les marchés extérieurs les produits français, puisque ces produits sont nécessairement plus coûteux que les produits anglais. Le manufacturier de Leeds en effet n'a pas reçu la matière première, surtaxée par le transport. Il livre à plus bas prix ses produits que l'exportateur place plus facilement sur les marchés étrangers. Certes, tant que la France n'a travaillé que pour sa consommation intérieure, le public pouvait par patriotisme accepter des prix surhaussés, que les classes riches étaient du moins capables de payer. Mais aujourd'hui la France, élargissant ses vues, éloignant ses horizons, veut sur les marchés extérieurs lutter contre les grands pays industriels de l'Europe. Dans la conquête de ces nouveaux débouchés les surtaxes sont un obstacle qu'il lui faut briser; elles gênent nos manufactures, elles gênent notre commerce extérieur, elles gênent notre marine qui ne peut attendre le fret de sortie que de manufactures florissantes et d'une exportation étendue.

16. Le protectionisme en outre a compromis notre fret de *retour*.

Je reprends l'hypothèse de cet Australien, détenteur de laines qu'il veut expédier en Europe.

S'il les expédie en France, il devra presque nécessairement subir les frets abusifs de la marine française, ce qui le rend débiteur d'une somme élevée ; il s'expose de plus à trouver un marché très-étroit de consommation, car les manufacturiers français qui seront les consommateurs de ses laines n'ont pas, faute de débouchés, la puissance des manufacturiers anglais.

Que fait dès lors l'Australien? Au lieu d'expédier ses laines en France, il les expédie en Angleterre ; il contracte pour le fret des engagements moins lourds ; il obtient pour ses envois le plus grand marché consommateur du monde. Les surtaxes de pavillon, destinées à protéger la marine française, ont lar-

Digitized by Google

gement contribué à tuer les marchés français. M. Thiers raisonne comme si pour le détenteur de matières premières il n'y avait qu'une route ouverte, la route de France. M. Thiers croit avoir vaincu, parce que sur cette route qu'à tort il estime unique il maintient par des artifices de législation au détriment du pavillon étranger le monopole indirect du pavillon français. L'éminent orateur substitue aux faits pratiques une hypothèse incomplète. Il discute une question de pavillons ; mais une question préalable, plus haute et plus vaste, se pose à mon sens qu'il faut résoudre d'abord, et que l'Australien, dans la pleine liberté de ses allures, résout toujours contre nous, une question de destination. Pour ne pas subir le pavillon français qui sur la route de France les décimerait, les chargeurs australiens désertent jusqu'à la route de France.

17. Quels sont donc pour nous les résultats, non pas hypothétiques, mais réalisés, de ces surtaxes tant vantées?

Le fret de sortie ne se constitue pas. Le fret de retour se raréfie. Les relations directes entre la France et les lieux producteurs de matières premières ou les marchés consommateurs se rompent; nous n'avons plus de représentation commerciale sérieuse sur les places lointaines; pour vendre nos produits, nous devons nous adresser aux négociants anglais ; pour alimenter nos usines, nous devons aller prendre les matières premières dans les entrepôts anglais[1]; notre longue navigation s'en va ; nous nous réduisons de plus en plus au cabotage de France en Angleterre, d'Angleterre en France ; nous n'employons plus dès lors que des bâtiments d'un petit tonnage, exigeant proportionnellement un plus grand nombre d'hommes, et rendant les transports plus coûteux.

18. L'argumentation de M. Thiers pèche par conséquent en plusieurs points.

M. Thiers ne veut pas voir qu'il s'agit aujourd'hui pour nous

[1] Je relève dans les statistiques des chiffres significatifs : la laine d'Australie, qui n'arrive pas directement dans nos ports, est tout entière prise dans les entrepôts anglais, qui nous ont successivement fourni en 1862, 11 millions de kilos; en 1863, 17 millions; en 1864, 18 millions. Dans les mêmes années les entrepôts anglais nous ont fourni en jute (chanvre de l'Inde) : quatre millions et demi, six millions et demi, dix millions et demi de kilos, tandis que nous n'en recevions directement que des quantités insignifiantes.

Digitized by Google

de conquérir sur les marchés extérieurs notre place, et que là, rencontrant sur un terrain neutre que nos tarifs n'affectent plus les producteurs étrangers, nous ne pouvons les battre que par l'économie des prix.

M. Thiers ne veut pas voir qu'en rançonnant les chargeurs étrangers qui prenaient la route de France nos armateurs ont fatalement poussé vers la route d'Angleterre le mouvement des marchandises et du fret.

M. Thiers enfin s'inquiète par-dessus tout du fret d'entrée; il faudrait s'inquiéter par-dessus tout du fret de sortie. Pour l'armateur en effet qui médite une campagne le fret de sortie qu'il a sous la main seul peut fournir une base d'opérations sûre; le fret d'entrée qu'il faut chercher au loin n'est jamais qu'une éventualité qu'il vise toujours, qu'il réalise parfois, qu'il manque souvent. Si donc nous ambitionnons pour la France une marine de premier ordre, c'est le fret de sortie qu'il faut à tout prix constituer. Or j'ai montré que les surtaxes qui frappaient les cargaisons d'entrée s'opposaient à ce que chez nous le fret de sortie pût naître.

19. Dans l'intérêt de la constitution du fret de sortie, qui doit être l'objectif de notre politique commerciale, supprimons donc les surtaxes d'entrée. Par la concurrence des pavillons nous aurons la baisse des frets, et par la baisse des frets l'expansion de nos manufactures et de notre exportation. Nous sacrifions pour quelque temps peut-être notre marine, mais c'est afin bientôt qu'elle-même se relève plus active, plus forte que jamais. Quand par la liberté un large courant d'affaires se sera formé des ports de France aux pays d'outre-mer, notre marine un instant endormie se réveillera. Il est d'expérience que la nation qui produit le fret le garde pour elle. Le manufacturier préférera toujours pour le transport de ses marchandises un compatriote à un étranger, parce que des relations de capitaux et d'amitié les rapprochent, et qu'en cas de procès la responsabilité d'un compatriote est plus facile à réclamer, plus facile à saisir. Cette simple règle de bon sens vaudra mieux pour assurer des cargaisons à nos armateurs que les combinaisons les plus savantes d'un protectionisme suranné. L'avenir de la marine elle-même est ainsi tout entier dans l'extension de notre production et de nos affaires. Or, sans le bon marché des transports, cette extension est impossible.

Digitized by Google

20. Certes la loi de 1866 ouvre pour nos armateurs une période de transition qui sera laborieuse. L'État lui-même doit s'en émouvoir, car la marine militaire et la marine marchande, au point de vue du personnel tout au moins, sont solidaires. Eh bien! puisque la crise est inévitable, faisons que la crise soit courte; quinze mois nous séparent encore de la complète assimilation des pavillons; employons ces quinze mois à préparer le régime nouveau et l'essor futur de nos armements.

21. Le gouvernement pense que la loi de 1866 suffit pour ranimer notre marine; il le pense, puisque, après avoir obtenu la loi, il ne propose rien de plus. Je ne partage pas cette opinion. La loi découvre nos compatriotes, mais ne les rend pas invincibles. Le traité franco-anglais de 1860 est devenu périlleux pour nos manufacturiers, parce qu'il n'a pas été soutenu par des mesures accessoires et vigoureuses qu'il fallait prendre. La loi de 1866, si elle reste isolée, réserve à notre industrie navale d'aussi dangereuses épreuves. La concurrence des pavillons ne résout pas toutes les questions. Pour que nos armements grandissent, il faut bien plutôt qu'à la même heure nous donnions le branle à toutes nos institutions maritimes. Une marine ne se développe que sous l'influence de causes variées que je dois dire.

22. Qu'on me permette, avant d'indiquer les moyens par lesquels notre marine doit être relevée, d'ouvrir ici une parenthèse et de faire une digression utile. Je voudrais consulter l'histoire d'un peuple que j'admire, l'Angleterre; je voudrais dans une esquisse rapide et pourtant complète montrer sur quelles bases sérieuses et pratiques l'Angleterre a fondé la fortune croissante de son pavillon.

III.

Causes de la grandeur de la marine marchande anglaise.

23. L'Angleterre a commencé, comme la France, par le protectionisme.

Au début du XVIIe siècle, du vivant de Jacques Ier, Walter Raleigh avait déjà conseillé au souverain de lutter contre la prépondérance commerciale de la Hollande. « La France, disait-il, l'Espagne, la Pologne récoltent des vins, des

Digitized by Google

sels, des grains ; l'Allemagne possède de superbes forêts ; nous avons nous-mêmes de l'étain, du plomb, des draps ; c'est en Hollande qu'est le marché de tous ces produits ; nous sommes tous tributaires du vaste entrepôt des bords de la Meuse, que nous enrichissons de notre travail. » Mais les premiers Stuarts étaient des rois de parade.

Quand Cromwell saisit le pouvoir, il voulut doter son pays d'une marine nationale ; et pour cela, en 1651, il promulgua l'acte de Navigation. Cette loi célèbre est véritablement l'acte de naissance de la marine anglaise ; pendant deux siècles elle a été la charte économique de ses armateurs.

Quelles sont ses dispositions essentielles ?

Pour protéger les armateurs, Colbert avait employé deux moyens principaux : il avait réservé à nos compatriotes certaines navigations, prohibant ainsi sur certaines lignes la concurrence étrangère ; puis, dans la navigation restée libre, il avait simplement frappé d'une surtaxe le pavillon étranger.

L'acte anglais de 1651 fut surtout prohibitionniste ; il n'entrave pas indirectement, il supprime plutôt la concurrence de l'étranger. Ainsi la marine anglaise seule peut faire le cabotage, seule la navigation des colonies, seule l'importation des marchandises de l'Amérique, de l'Afrique et de l'Asie, qui devaient être prises, non dans les entrepôts européens, mais sur les lieux de production. Les marchandises d'Europe ne pouvaient être importées que par les navires anglais ou par les navires du pays qui en était le producteur ou l'exportatenr habituel [1].

L'acte de navigation était sans doute exagéré dans ses fa-

[1] Cette dernière règle ne fut plus tard appliquée qu'à certains produits limitativement indiqués, et qu'on appela *les produits énumérés*.

L'acte de navigation ne visait pas seulement au développement de la marine anglaise ; il avait aussi pour but, surtout dans la dernière clause que j'ai relevée, d'empêcher une autre puissance maritime d'accaparer les transports des pays qui n'avaient pas de flotte. C'est à ce point de vue que la Hollande, qui, comme pavillon tiers, se faisait pour compte d'autrui le transporteur de toute l'Europe, se plaignit si vivement des réformes anglaises.

Il est remarquable en outre que les priviléges de navigation affectaient l'importation en Angleterre, non l'exportation. Cette bizarrerie tient surtout à l'opinion alors accréditée que l'importation supposant des achats de marchandises et des sorties d'argent appauvrit un pays, tandis que l'exportation supposant des ventes de marchandises et des rentrées métalliques l'enrichit.

Digitized by Google

veurs partiales ; il permit du moins à la marine anglaise de se constituer, et Adam Smith lui-même a dû reconnaître les services que rendit à sa patrie la législation de 1651.

24. Ainsi, par une coïncidence singulière, la marine anglaise et la marine française naissent à la même date, 1651-1661 ; elles sont abritées par le même principe, le système protecteur; elles s'attaquent au même adversaire, la Hollande. Mais, si le point de départ est commun, combien au bout de deux siècles la situation des deux marines diffère ! Et la cause de cette diversité, douloureuse pour nous, est simple. En France, le système protecteur est resté immuable, comme un dogme national ; de 1661 jusqu'à nos jours je ne trouve pas à la tête de la marine marchande un second Colbert ; et l'éducation frivole que nous donnons à notre jeunesse ne la dispose véritablement qu'à l'oisiveté élégante. En Angleterre par un contraste frappant le peuple tout entier s'est voué au travail industriel sous toutes ses formes ; les ministres politiques sont en même temps et surtout des hommes d'affaires, qu'il me suffise de citer William Pitt, Robert Peel, Gladstone ; le gouvernement a toujours traité l'intérêt des armements maritimes comme le premier des intérêts du pays ; et le législateur, atténuant avec intelligence, diminuant progressivement le protectionisme artificiel des premières années, a su préparer sa marine à la concurrence des pavillons étrangers, qu'il a pu dès 1849 accepter d'une façon absolue.

25. L'Angleterre en un mot a posé la question sur son véritable terrain ; elle l'a comprise d'une façon élevée ; elle a senti que pour favoriser l'essor de sa marine, elle devait augmenter la masse totale du fret. Il fallait par conséquent qu'elle créât entre les pays lointains et ses rivages un immense courant commercial ; il fallait qu'elle visât surtout aux grandes affaires.

Étudions avec quelque soin cette page de son histoire économique ; car il s'agit aujourd'hui pour nous de tenter la même carrière. J'ai déjà dit que la prospérité de la marine se résumait en une question de fret. Comment l'Angleterre a-t-elle conquis pour ses armateurs un fret d'entrée ? comment a-t-elle conquis un fret de sortie ?

26. Comment l'Angleterre a-t-elle conquis un fret d'*entrée* ou de *retour* ?

Digitized by Google

En attirant dans ses ports par les avantages pratiques qu'elle offre aux expéditeurs toutes les matières premières que ses colonies, que le monde entier pouvaient produire.

L'Angleterre s'est fait par les armes et par la diplomatie un splendide empire colonial, qui compte peut-être deux cents millions de sujets. L'Amérique de l'extrême nord, les Indes, l'Australie sont des provinces anglaises. Les colonies sont devenues pour la métropole des lieux producteurs de matières premières. Le coton par exemple fera désormais la fortune des Indes. Il faut ici admirer le génie anglais.

Il y a quelques années encore, l'Angleterre achetait le coton de l'Amérique, et celle-ci gardait cet énorme fret pour ses navires. Le coton américain était si nécessaire aux manufacturiers de Manchester, que dans plus d'une circonstance l'Amérique avait pu froisser impunément les susceptibilités britanniques sans qu'il en résultât une rupture, et frapper d'un droit d'exportation le coton qui s'embarquait pour l'Europe. Quand la guerre civile éclata aux États-Unis entre le Nord et le Sud, beaucoup pensèrent que l'Angleterre, consultant surtout ses intérêts politiques, allait par son intervention diplomatique ou militaire briser les États-Unis, s'allier avec le Sud qui seul produisait le coton, faire en un mot de la grande et insolente république deux tronçons. Les manufacturiers suppliaient le gouvernement d'agir au plus tôt; le coton de la Louisiane n'arrivait plus à Liverpool; les usines se fermaient; les classes ouvrières souffraient de la faim.

Le gouvernement allégea par des secours publics la misère des travailleurs; mais, s'inspirant avant tout des intérêts maritimes du pays, il refusa d'intervenir et laissa la guerre désoler, pendant cinq ans, l'Amérique. Pourquoi cette inertie prolongée? Elle fut un acte de suprême habileté commerciale. Le gouvernement voulait que l'Inde produisît le coton, afin que la marine anglaise en gardât le fret. Mais, pour encourager aux Indes la culture nouvelle, il eût fallu que le législateur écartât pour quelque temps la concurrence des planteurs américains et qu'il primât les planteurs indiens. Les manufacturiers de Manchester n'auraient jamais accepté l'enchérissement de la matière premiere qui eût été la conséquence d'un protectionisme discrédité. Or voilà que la guerre civile des États-Unis supprimait momentanément la concurrence de

Digitized by Google

l'Amérique, élevait exceptionnellement les prix du coton, assurait ainsi des primes indirectes aux planteurs des Indes. Tous les effets utiles que le régime protecteur ou prohibitionniste eut provoqués, un incident heureux dont le cabinet de Saint-James n'était pas responsable les réalisait. L'Angleterre dans le fond de l'âme désirait que la guerre se prolongeât au delà de l'Océan ; et en effet, après quelques années de ce régime, l'Inde était en état de fournir aux manufacturiers de Manchester le précieux textile, aux armateurs de Liverpool le fret attendu ; l'Amérique s'apercevait trop tard qu'elle avait perdu son monopole ; pour faire concurrence à l'Inde anglaise, elle est aujourd'hui contrainte d'abolir le droit d'exportation qui grevait le coton. Voilà, si je ne me trompe, de la haute et virile politique commerciale, sachant prévoir et sachant préparer l'avenir.

Nous avons en France subi la même crise ; pourquoi n'avons-nous pas fait en Algérie ce que les Anglais ont fait aux Indes ? C'est que l'organisation des colonies anglaises diffère du système que nous pratiquons. Les colonies anglaises relèvent politiquement de la métropole; mais elles ont l'autonomie administrative et commerciale ; des fonctionnaires spéciaux gèrent ces territoires détachés de la mère patrie ; ce n'est pas l'Angleterre qui s'aviserait de confier systématiquement le gouvernement civil d'une colonie à des officiers de la flotte, intrépides devant l'ennemi, je le veux bien, très-habiles quand il s'agit de manœuvrer une frégate ou un brick, mais très-dédaigneux en général des choses du commerce, et très-incompétents dans les questions économiques.

27. L'Angleterre n'absorbe pas seulement les produits de ses colonies ; elle veut attirer dans ses ports les matières premières du monde entier. Quelles séductions a donc l'entrepôt anglais ?

Par la concurrence des pavillons et la baisse des frets, les transports sur l'Angleterre s'opèrent au plus bas prix, et l'expéditeur, n'ayant que peu d'avances à faire, charge volontiers pour Londres ou Liverpool. L'expéditeur sait qu'en déposant sa marchandise dans les docks il pourra par un emprunt sur consignation en mobiliser immédiatement presque toute la valeur. L'expéditeur, grâce au système des ventes publiques à jour fixe, place vite et au comptant ses cargaisons ; les

Digitized by Google

acheteurs ne manquent pas, car les manufacturiers anglais ont une puissance illimitée d'acquisition, et les manufacturiers du continent eux-mêmes entretiennent les marchés anglais en venant y chercher les matières premières qui n'abordent plus aux ports de France, d'Allemagne ou d'Italie. La douane anglaise enfin est d'une extrême libéralité ; elle ne prohibe plus rien, elle ne frappe qu'un nombre limité d'objets, elle n'applique que des droits modérés.

Ainsi l'Angleterre semble dire au monde : Toutes les matières premières que vous pourrez produire, envoyez-les-moi; je n'en repousse aucune; je vous ferai sur la plus large échelle et à des taux réduits des avances sur consignation ; je susciterai des acheteurs qui vous payeront comptant; adressez-moi tout; j'absorberai tout...

Aussi tout lui arrive, et sa marine trouve un fret d'entrée gigantesque.

28. Comment l'Angleterre s'est-elle constitué un fret de *sortie?*

En développant sa production manufacturière et son commerce d'exportation.

La production manufacturière de l'Angleterre a des caractères propres; elle a pris des proportions inouïes.

Les Anglais tiennent de première main les matières qu'ils travaillent; ces matières ne sont pas grevées d'un transport onéreux; magnifiquement dotés par la Providence sous le rapport de la houille et du fer, ils ont une armée de machines qui compense pour eux la cherté relative de la main-d'œuvre humaine.

Ils ont de plus étudié l'assiette des impôts, et de jour en jour davantage ils tendent à dégrever la nourriture et le logement du peuple. L'abolition proclamée en 1846 des droits sur l'importation des céréales étrangères n'avait pas d'autre but que celui-là. L'Angleterre résout progressivement un problème qui n'est même pas agité en France; elle essaye de faire un budget qui n'écrase plus d'un poids injuste les classes laborieuses. Colbert avec sa forte intelligence avait bien vu que l'organisation des impôts intérieurs peut servir ou gêner l'industrie; il avait dans le sens que j'indique pris des mesures que je ne puis, sans m'éloigner de mon sujet, rappeler. Les Anglais n'ont pas perdu de vue une heure cette belle et grave

Digitized by Google

question : c'est qu'en Angleterre les ministres des finances ne sont pas des caissiers, mais des hommes d'État.

Un autre caractère de l'industrie anglaise, c'est qu'elle produit en masse, elle travaille pour le peuple, pour le million ; il lui faut des débouchés immenses ; elle réussit dans les articles à bas prix. L'Anglais a le bonheur de n'avoir pas de goût ; voyez ses tissus, ses cristaux, son argenterie. Le Français fait des fleurs, des modes, des soieries, des mousselines ; l'Anglais de la grosse cotonnade, de la quincaillerie, du drap commun. Dans ces derniers temps l'Angleterre a compris qu'elle devait conquérir ce charme de la forme, l'élégance extérieure ; elle a organisé des écoles de dessin splendidement dotées ; ses progrès sont incontestables. Le cachet si différent des produits anglais et français n'avait pas échappé à la sagacité des ministres anglais, ni à William Pitt en 1786, ni à Huskisson en 1824. William Pitt négociait un traité de commerce avec la France ; il voulait entre les deux pays abaisser les barrières douanières, et pour y parvenir il flattait la vanité de nos compatriotes : « Vous placerez dans nos familles riches vos précieuses porcelaines de Sèvres ; nous vous enverrons quelques mauvaises douzaines d'assiettes ; tout le profit sera pour vous. » Le traité fut signé, mais la proportion des envois ne fut pas celle qu'espéraient les naïfs représentants de la France. En 1824, Huskisson plus hardi demandait au Parlement de diminuer les droits de douane ; et comme on lui objectait qu'il fallait craindre l'invasion des produits français : « Rassurez-vous, dit-il, la France nous expédiera sans doute quelques articles de goût ; ce seront des échantillons qui nous serviront de modèles ; mais nous n'avons rien à redouter, parce que nous nous adressons au marché universel, nous travaillons pour les masses. »

29. L'exportation anglaise n'est pas moins remarquable. Pour garder leurs débouchés, les maisons anglaises qui durent souvent plusieurs générations servent loyalement leur clientèle. S'il le faut, elles vendent à très-long terme, faisant des crédits de douze, quinze, dix-huit mois ; on sent combien de telles facilités sollicitent les acheteurs ; les vendeurs eux-mêmes ne souffrent pas de trop de ces longs crédits, parce que des banques spéciales en acceptent l'escompte, de telle sorte que l'exportateur recouvre la disponibilité immédiate de ses capitaux.

C'est grâce à cette production abondante d'articles communs,

Digitized by Google

c'est grâce à ce placement incessant des marchandises manufacturées que les armateurs anglais trouvent un fret de sortie presque inépuisable.

30. J'ai décrit le système auquel l'Angleterre doit sa fortune.

L'Angleterre semble au XIXe siècle une vaste usine, un laminoir gigantesque attirant à lui toutes les matières premières du monde et les rejetant au-dehors après les avoir transformées. L'Angleterre aspire les matières premières, elle verse au loin ses produits manufacturés. L'instrument de ce double et alternatif mouvement, c'est sa marine marchande. Cette marine ne manquant jamais de travail, étant organisée sur des bases grandioses, les capitaux et les hommes s'y sont engagés à l'envi, et le gouvernement a d'un œil jaloux suivi sur toutes les mers le guidon de ses armateurs.

JULES LEVEILLÉ.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

BRITTON,

The French text carefully revised with an English translation, introduction and notes, by F. M. NICHOLS, Oxford, 1865.

Compte rendu par M. Paul GIDE, agrégé de la Faculté de droit.

Bien que sorti des presses de l'Université d'Oxford et publié par un *barrister* de Lincoln's inn, le livre que nous annonçons ne sera pas accueilli parmi nous comme un étranger. Nous pouvons, à bon droit, réclamer comme l'un des nôtres le vieux jurisconsulte Britton. Tout Anglais qu'il est, c'est notre langue qu'il parle, c'est notre droit qu'il enseigne, et sa vraie place est parmi nos grands jurisconsultes du XIIIe siècle, entre Pierre de Fontaine et Philippe de Beaumanoir.

Britton nous appartient d'abord par sa langue. Les philologues trouveront dans son livre l'un des plus purs monuments de la langue d'oil au beau temps de saint Louis et de Joinville. Notre vieille langue juridique a rarement été plus riche, plus pittoresque et plus vive que sous cette plume anglo-normande. C'est par erreur, comme le prouve très-

Digitized by Google

bien le nouvel éditeur de Britton, que l'on qualifie d'ordinaire de *français normand* l'idiome des écrivains anglais de cette époque, et qu'on le considère comme un français provincial et corrompu : à la cour d'Édouard I, on parlait la même langue qu'à la cour de saint Louis; Britton écrit dans la même langue que Beaumanoir; son français n'est pas moins pur dans ses inflexions et dans ses formes, et « sous « ce rapport, dit M. Nichols [1], la correction des manuscrits « d'où notre texte est tiré, est fort remarquable. Les deux « genres sont toujours soigneusement distingués l'un de l'autre: « ainsi (et c'est un exemple que je n'ai retrouvé dans aucun « livre contemporain) le masculin *noster* est constamment dis- « tingué du féminin *nostre*, qui ailleurs et depuis a été employé « pour les deux genres.... L'article féminin *la* se change en « *le* devant une voyelle, par une sorte d'élision encore impar- « faite. La lettre *z* est employée avec beaucoup de justesse pour « représenter le *d* ou le *t* qui se trouvaient dans la racine du « mot : ainsi dans *peyz* (*pondus*), *puyz* (*puteus*), *purchaz* (*per- « quisitum*), et dans les pluriels *feez* (*feoda*), *pleez* (*placita*), « *assignez* (*assignati*), etc. Je ne veux point m'étendre sur les « particularités de la langue de Britton. Ces quelques détails « peuvent suffire pour montrer au lecteur que la langue de ces « anciens auteurs n'est point si obscure, si barbare ou si irré- « gulière, qu'on a coutume de le supposer. » Au lieu de la traiter de barbare sans la connaître, prenons plutôt la peine d'étudier de près cette langue si savante déjà, quoique encore si naïve, de nos vieux légistes. Nous pourrions, sous plus d'un rapport, nous instruire à leur école. Bien des jurisconsultes modernes, et des meilleurs, pourraient envier aux Beaumanoir ou aux Britton leur netteté, leur concision, leur énergie.

Mais ce ne sont pas seulement les origines de la langue française qne nous pouvons étudier dans Britton; ce sont aussi les origines du droit français. Le droit qu'il nous expose n'est point un droit étranger, c'est celui de la Normandie, disons mieux, c'est le droit commun de la France du nord. Britton possède, en effet, un art bien rare à cette époque, et dans lequel Beaumanoir seul, peut-être, l'a surpassé : ces deux juriconsultes ont su l'un et l'autre, quoique à des degrés divers,

[1] Page XLVII.

Digitized by Google

s'élever du particulier au général; ils ont su pénétrer au dessous de ces détails superficiels qui variaient de province à province et de commune à commune, jusqu'à ces principes fondamentaux qu'on retrouve identiques au fond des coutumes de Normandie. C'est par là surtout que Britton peut nous intéresser et nous instruire. On trouvera sans doute dans son livre plus d'une page où se trahit son origine anglaise, plus d'un chapitre qu'on ne pourrait sans confusion transporter dans le droit français. La différence était grande entre la constitution politique de la France et celle de l'Angleterre, entre le gouvernement de saint Louis et celui d'Édouard Ier; et toutes les parties du traité de Britton qui sont relatives au droit public, au droit pénal, à l'organisation judiciaire, ne devront être consultées par le juriste ou l'historien français qu'avec beaucoup de discrétion et de prudence. Mais au contraire, pour tout ce qui tient à l'organisation de la famille, à la constitution de la propriété, au droit civil en un mot, ce livre peut prendre place à côté de nos vieux coutumiers, trop rares et trop courts, et leur servir, en bien des parties, de commentaire et de complément. Il est, en effet, peu de livres aussi complets que celui de Britton parmi les traités juridiques de cette époque. La méthode et les divisions de notre vieil auteur ne sont pas, il est vrai, bien philosophiques ni bien savantes. Il procède comme on l'a toujours fait aux débuts de la science : il s'attache avant tout au côté extérieur et, pour ainsi dire, matériel des institutions; c'est la procédure qu'il expose plutôt que le fond du droit, et son livre ne paraît être, à première vue, qu'un traité des actions judiciaires. Il s'ouvre par une sorte de tableau de l'organisation de la justice et des détails sur divers tribunaux ; vient ensuite un exposé des différentes actions personnelles, qui complète le premier livre; les actions réelles, parmi lesquelles il faut ranger les actions possessoires, font l'objet des cinq livres suivants. Mais l'auteur sort à chaque instant de ce cadre trop étroit; sans cesse, à propos d'une action, il nous expose tout au long l'institution et les droits que cette action sanctionne. Ainsi les actions personnelles le conduiront à traiter de l'état des personnes, de la liberté et du servage; aux actions possessoires, il rattachera l'exposé des divers modes d'aliéner et d'acquérir ; des actions réelles, il passera aux divers ordres de succession. L'ouvrage, il est vrai, s'interrompt

Digitized by Google

brusquement au milieu d'un chapitre et d'une phrase, et si l'auteur avait eu le temps de tout nous dire, il aurait sans doute ajouté un dernier chapitre sur le combat judiciaire. Malgré cette petite lacune, le livre de Britton n'en demeure pas moins un des traités les plus complets et les plus méthodiques sur le vieux droit franco-normand.

Ce livre si précieux, comme on le voit, pour l'étude de nos origines juridiques et littéraires, c'est vraiment à M. Nichols que nous le devons. On l'avait déjà édité plusieurs fois, mais toujours d'une façon si incorrecte et si incomplète, que le vrai Britton était encore inconnu, et que M. Nichols en est, pour ainsi dire, le premier éditeur. De ses trois devanciers, Redman, Wingate et Houard, le premier avait tiré son texte d'un manuscrit très-défectueux, le second et le troisième n'avaient guère fait que copier le premier. L'édition de Redman[1], qui n'a pas de date et qui semble remonter à la première moitié du XVIe siècle, contient tant de fautes et d'erreurs de toute sorte (entre autres, l'omission d'un chapitre entier, livre IV, chapitre 5), que la lecture en est à la fois fort pénible et peu profitable. En 1640, Wingate[2] essaya de corriger et de compléter, d'après de meilleurs manuscrits, l'œuvre du premier éditeur ; mais au lieu de fondre dans le texte ces corrections et ces additions, il les rejeta dans un appendice à la fin du volume et laissa le texte à peu près tel que Redman l'avait donné. Enfin c'est ce même texte corrompu que le jurisconsulte français Houard a réédité au dernier siècle dans ses *coutumes anglo-normandes*[3], et, loin de chercher à l'épurer, il n'a pas seulement pris la peine de mettre à profit les corrections et suppléments que lui fournissait l'appendice de Wingate. Ainsi, après six siècles, le vieux Britton attendait encore un éditeur : il était temps que M. Nichols parût.

M. Nichols est venu, et a su appliquer enfin à ce texte si négligé les meilleurs procédés de la critique moderne. Il fallait, dans cette opération délicate, se tenir également en garde

[1] Britton, cum privilegio regali. Imprinted at London, by me Robert Redman.... Petit in-8°, sans date.

[2] Britton, the second edition, faithfully corrected...., by Edm. Wingate, London, 1640. Petit in-8°.

[3] *Traité sur les coutumes anglo-allemandes*, par Houard, Paris et Rouen, 1776. 4 vol. in-8°.

Digitized by Google

contre deux excès contraires, d'un côté la négligence et l'incurie dont les premiers éditeurs de Britton s'étaient rendus coupables, de l'autre le zèle mal entendu de certains philologues, qui, avec plus d'érudition que de discernement, réunissent et accumulent sans choix autant de manuscrits, autant de leçons, autant de variantes que possible. M. Nichols a su éviter ces deux écueils, grâce à la méthode suivante. Il a réparti les nombreux manuscrits de Britton en trois catégories distinctes : la première comprend un seul manuscrit, celui que l'éditeur a choisi comme le plus correct et le plus ancien entre tous (presque aussi ancien sans doute que Britton lui-même) et dont il a suivi exactement la leçon partout où il n'y avait pas de forte raison de s'en écarter; la seconde comprend un groupe de dix-neuf manuscrits choisis également par l'éditeur comme assez corrects et assez anciens (ils remontent tous au XIVe siècle) pour servir de contrôle et parfois de correctif au précédent; le troisième renferme tous les autres manuscrits, qui sont de moindre importance et que l'éditeur a entièrement négligés. C'est, en un mot, par la collation minutieuse des vingt meilleurs manuscrits, que M. Nichols a élaboré le texte qu'il nous donne, et que l'on peut considérer, je crois, comme définitif. Il ne s'est pas borné là : au texte, il a ajouté traduction, notes, renvois, introduction, glossaire, et nous devons encore dire quelques mots de tous ces accessoires de son œuvre.

M. Nichols a placé au-dessous du texte original de Britton une traduction anglaise, aussi littérale que possible : cette traduction ne sera peut-être pas inutile à plus d'un lecteur français, moins familier avec la langue de nos ancêtres qu'avec celle de nos voisins. Au-dessous du texte original, sont les variantes que M. Nichols a choisies avec une sage sobriété, négligeant tout ce qui n'était que différence d'orthographe ou erreur manifeste de copiste, et distinguant soigneusement par le signe *conj.* (*conjectural*) toutes les corrections qui ne s'autorisent d'aucun manuscrit. Au-dessous de la traduction, c'est-à-dire au bas de la page, sont des notes explicatives fort intéressantes, peut-être trop rares, empruntées pour la plupart à un ancien commentaire de Britton qui paraît remonter au commencement du XIVe siècle, et qui était resté jusqu'à ce jour entièrement inédit. En outre, des notes marginales renvoient à toutes les sources où Britton avait puisé, à Bracton,

Digitized by Google

à Fleta, aux anciens statuts du royaume. Enfin le lecteur trouvera, au commencement de l'ouvrage, une savante introduction sur Britton et sur son œuvre, et à la fin un curieux glossaire de tous les mots français tombés en désuétude. Rien ne manque, on le voit, à cette édition, et, pour en énumérer tous les mérites, il faut encore ajouter que, par l'élégance des caractères et la netteté du tirage, elle fait honneur aux presses de l'université d'Oxford et qu'elle figurait naguère avec distinction dans les galeries anglaises de l'Exposition universelle.

Dans une courte préface qui précède son introduction, M. Nichols s'exprime ainsi : « On demandera peut-être pourquoi « nous avons choisi Britton parmi les jurisconsultes de cette « époque, car une bonne édition de Bracton aurait été, sans « contredit, d'une plus grande utilité pour l'étude de notre « droit. Mais l'œuvre de Bracton est bien plus longue et bien « plus importante ; sa publication, dans une forme digne de « la place qu'elle occupe dans la littérature, exigerait le travail « de plusieurs années ; et l'éditeur a senti que, pour restaurer « ce grand monument de la jurisprudence anglaise, il fallait « des connaissances plus approfondies que les siennes dans « notre ancien droit et les sciences qui s'y rattachent. Si, dans « l'avenir, on l'encourage à entreprendre la réimpression de « Bracton, il pourra mettre à profit, dans cette tâche plus dif- « ficile, l'expérience qu'il a acquise dans la présente publica- « tion[1]. » Les encouragements ne manqueront pas au modeste et savant éditeur, et nous serions heureux si ceux qui lui viennent de France pouvaient contribuer à le soutenir dans une longue et pénible entreprise. Donner au monde savant un Bracton pur, intégral, authentique, un Bracton semblable en un mot au Britton que nous avons sous les yeux, c'est une tâche difficile non moins qu'importante. Mais M. Nichols vient de nous prouver que nul mieux que lui n'était capable de l'accomplir.

PAUL GIDE.

[1] Page VII.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

MITTERMAIER.

Par M. Evr. de Vaulx, avocat à la Cour impériale.

M. le professeur Goldschmidt vient de consacrer dans le *Recueil des Archiv für civilistische Praxis* une notice nécrologique très-substantielle, à l'éminent doyen de la Faculté de droit de l'Université de Heidelberg, mort le 31 août 1867, à l'âge de quatre-vingts ans. Le rôle de Mittermaier en Allemagne et même en Europe a été si considérable que nous croyons être agréable aux lecteurs de la *Revue* en empruntant quelques détails au travail très-consciencieux de l'honorable professeur.

Mittermaier est né le 5 août 1787 à Munich; de bonne heure il perdit son père. Il dirigea, pendant quelque temps, ses études vers la médecine; puis il aspira à être ingénieur des mines. La faiblesse de sa santé lui fit abandonner successivement ces deux projets; néanmoins, il put commencer ses études juridiques à l'université de Landshut, à l'âge de seize ans. Quoique le défaut de fortune l'obligeât à donner des leçons particulières, il trouva cependant les loisirs nécessaires pour écrire, étant encore sur les bancs de l'école, un ouvrage sur le droit naturel : ce livre n'a, probablement, jamais été imprimé. Ses fonctions de précepteur le mirent en rapport avec un ancien professeur de l'Université de Heidelberg, Zentner, alors ministre. Mittermaier en reçut de bons conseils et de chaleureux encouragements. Quelque temps après, il était attaché au tribunal d'Au (un des faubourgs de Munich) quand Feuerbach, ancien professeur à Landshut, récemment appelé au ministère par le roi de Bavière et chargé de rédiger ce Code Pénal qui fut si laborieusement préparé, si difficile à appliquer, choisit le jeune Praktiker pour son secrétaire particulier : ce qui avait valu ce choix honorable à Mittermaier c'était sa rare connaissance des langues vivantes, spécialement du français et de l'italien.

Mittermaier ne s'oublia pas dans les charmes de ses nou-

Digitized by Google

velles fonctions. Désireux, avant tout, de compléter ses études, et particulièrement de les achever dans une université autre que celle où il les avait commencées, il partit, sur le conseil de Zentner, dont nous avons parlé plus haut, pour Heidelberg. Il avait pour ressources une subvention de six cents florins par an qui lui était faite par le gouvernement bavarois; il était atteint de phthisie au point d'être condamné par les médecins; lui-même il avait conscience de son état. Néanmoins fort de cette confiance dans l'avenir qu'on a toujours à vingt et un ans, il abordait les études préparatoires au doctorat, sous les auspices de professeurs qui avaient nom Martin, Heise, Thibaut, Zachariæ et Kluber. Bientôt, le gouvernement bavarois notifia à son pensionnaire sa nomination comme professeur à l'Université d'Innspruck que le roi Max offrait, à titre de don de joyeux avénement, à ses nouveaux sujets du Tyrol enlevé par Napoléon à l'Autriche. Mittermaier accéléra les travaux de sa thèse : *De nullitatibus in causis criminalibus*, et il la soutint avec succès le 29 mars 1809. Mais dans l'intervalle écoulé de la réception de sa nomination à sa promotion au grade de docteur, Mittermaier vit le poste auquel il était appelé lui échapper par suite d'un événement majeur : le soulèvement du Tyrol contre les Bavarois et les Français, à la voix du célèbre André Hofer. Mittermaier revint à Landshut, et en 1811 il fut pourvu d'une chaire à l'Université de cette ville, en dédommagement de celle qu'il n'avait pu occuper à Innspruck.

Il y enseigna pendant dix ans; il eut l'honneur d'être malgré sa jeunesse, élu trois années consécutives aux fonctions de recteur. Ses travaux, à ce que nous apprend son honorable biographe, portèrent d'abord sur le droit romain, sous l'influence de De Savigny, qui, à cette époque-là, enseignait lui aussi à Landshut. Mais bientôt, il concentra ses efforts sur la procédure criminelle, le droit privé, et l'histoire du droit allemand. Dès 1816, il entra à côté de Konopak et de Kleinschrod, dans la rédaction des *Archiv für Criminalrecht*, recueil bien connu qui a paru de 1798 à 1857. A cette même époque (1818), non content de collaborer à la revue dont nous venons de parler, il fondait avec Gensler et Schweitzer les *Archiv für civilistische Praxis*, publication à laquelle nous empruntons la notice dont nous rendons compte.

Digitized by Google

En 1818, le gouvernement prussien qui avait précédemment proposé sans succès à Mittermaier une chaire à l'Université de Halle fut plus heureux quand il lui offrit d'entrer à l'Université nouvellement créée pour la Prusse Rhénane, à Bonn. — Dès le début, le nouveau professeur fut doyen de la Faculté de droit. A côté de son enseignement qui portait sur le droit privé, le droit pénal et les procédures civile et criminelle, il exerça d'une manière très-active la profession d'avocat. Les pays rhénans avaient, en vertu des stipulations de 1815, scrupuleusement conservé les institutions juridiques françaises. La pratique lui révéla bientôt la supériorité du débat oral sur la procédure par écrit. Depuis lors, il prêcha avec une ardeur infatigable l'adoption du premier de ces deux systèmes, qui grâce à ses efforts et à sa haute influence a été introduit dans plusieurs pays allemands. D'un autre côté, il publiait deux importants ouvrages : un *Manuel du droit privé allemand* (1821) et une *Procédure allemande comparée avec la Procédure française et les nouveaux progrès de la civilisation* (1820-1821). Mais au bout de deux ans, il se détermina à quitter Bonn ; il faisait, en qualité de doyen, partie du tribunal chargé d'exercer la juridiction spéciale de l'Université sur ses étudiants. A cette époque, le gouvernement prussien poursuivait très-sévèrement les démonstrations libérales fréquentes dans un pays qui avait subi brusquement des changements politiques considérables, et qui se sentait menacé dans la conservation des institutions que les traités lui avaient assurées. Mittermaier reçut du gouvernement badois en 1821 une chaire à l'Université de Heidelberg.

C'est là qu'il enseigna quarante-six ans. Jusqu'en 1850, son cours comprenait le droit privé allemand, le droit pénal et les procédures civile et pénale. En 1850, il retrancha de son programme le droit civil ; en 1854, la procédure civile. Mais jusqu'à sa mort, il professa le droit pénal pendant le semestre d'été, la procédure criminelle pendant le semestre d'hiver.

Mais c'est surtout comme écrivain que nous le voyons déployer une activité prodigieuse. Ainsi il publie (de 1823 à 1847) six nouvelles éditions de son manuel de droit privé avec trois séries d'additions, — quatre éditions remaniées de sa *Procédure civile allemande* (1822-1840) — quatre éditions (1827-1846) de sa *Procédure criminelle allemande, ses progrès*

Digitized by Google

dans les usages judiciaires et les codes particuliers allemands, comparée avec les procédures criminelle anglaise et française. — *Théorie de la preuve dans la procédure criminelle allemande, depuis les progrès réalisés dans les usages judiciaires et les codes allemands, comparée avec des aperçus des procédures criminelles anglaise et française* (1834), ouvrage traduit en plusieurs langues et notamment en français par M. Alexandre (1848) — *Guide de la défense en matière criminelle,* quatre éditions.

M. le professeur Goldschmidt nous donne l'énumération d'une série de véritables livres parus par articles, soit dans les deux revues sus-mentionnées, soit dans la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes* (1828-1856), fondée par Mittermaier avec Zachariæ et plus tard continuée avec Mohl, Warnkönig et de nombreux collaborateurs français, soit dans un grand nombre d'autres recueils allemands et même étrangers. Qu'il nous suffise de dire sur le mérite de ces ouvrages, que plusieurs d'entre eux ont obtenu les honneurs de la traduction.

Enfin, il est un autre côté de la vie de Mittermaier, dont nous n'avons à parler que sommairement, le caractère de cette *Revue* s'opposant à ce que nous nous en occupions d'une manière plus approfondie. Je veux parler du rôle politique qu'il a joué en Allemagne. Ce qu'on peut dire de lui, c'est qu'il est toujours et avant tout resté jurisconsulte; représentant de la ville de Brüchsal en 1831, président de la chambre des députés en 1833, il donna sa démission en 1840, à la suite de la mort de son fils aîné le docteur Martin Mittermaier, qui avait déjà prouvé qu'il était digne de son père. En 1845, il consentit à reprendre et son siége et la présidence, et il les conserva jusqu'en 1849. Il fut le promoteur des importantes réformes judiciaires réalisées dès cette époque dans le grand-duché de Bade, et depuis lors adoptées dans la plupart des États allemands : il ne s'agissait de rien moins que de l'adoption d'un Code et d'une procédure pénale introduisant la publicité des audiences, le débat oral, le ministère public et le jury, d'une loi de séparation des pouvoirs et d'une loi municipale. — Aussi le 31 mars 1848, le vénéré président de la seconde chambre badoise était-il appelé par ses collègues à occuper le fauteuil au Parlement constituant de Francfort, chargé de réorganiser l'Allemagne. Il s'opposa d'abord systé-

Digitized by Google

matiquement à ceux qui voulaient faire du roi de Prusse un empereur héréditaire; plus tard, il se décida à voter en faveur de cette combinaison, quand Frédéric Guillaume eut promis de respecter et de généraliser les réformes opérées dans le Grand-Duché de Bade.

On sait quels furent les événements qui suivirent. Mittermaier renonça pour toujours à la vie politique. Il se borna à conserver des fonctions municipales; il se concentra dans l'enseignement et dans la publication de quelques ouvrages, fruits de sa verte vieillesse, et qui n'ont pas obtenu moins de succès que leurs aînés. Les lecteurs de la *Revue* connaissent le *Traité sur la peine de mort*, publié en 1862, et traduit si fidèlement et si élégamment par notre confrère Leven. Ils savent quelles réflexions cet ouvrage de statistique, plus encore que de doctrine, a suggérées, quelles démonstrations l'éloquence des chiffres substituée à l'argumentation a produites. Mittermaier pouvait, à juste titre, être fier de l'œuvre qui couronnait si dignement sa belle et laborieuse carrière.

Il enseigna, on peut le dire, jusqu'à sa mort. C'est au mois de mai 1867 qu'il ressentit les premières atteintes d'une pleurésie, qui, dès ce moment-là, se révélait avec les symptômes les plus alarmants. Trois fois, il essaya de reprendre ses leçons, trois fois, il dut reconnaître que la puissance du mal était supérieure à celle de sa volonté. Il annonça cependant que la rentrée de l'Université le retrouverait à son poste; mais il n'en devait pas être ainsi : une affection du cœur vint se joindre au mal dont il était déjà atteint et mettre fin, le 28 août, à cette existence si bien remplie. — Ce fut le professeur Blüntschli qui, au nom de l'Université, rappela le glorieux passé du vénéré collègue qu'elle venait de perdre. — Quelques jours plus tard, le docteur Lamey, président de la Chambre des députés badois, adressait à son éminent prédécesseur un suprême adieu dans lequel il disait qu'avoir compté Mittermaier parmi ses membres serait pour la Chambre un durable, un impérissable honneur, et qu'il y aurait pour le président un juste orgueil à prendre la place jadis occupée par Mittermaier.

Nous terminerons en nous associant aux judicieuses considérations développées par le docteur Goldschmidt sur le caractère de son illustre collègue. Il remarque que, malgré son

Digitized by Google

érudition immense, malgré les dangereuses facilités qu'il aurait pu trouver dans sa merveilleuse mémoire, Mittermaier n'a jamais perdu de vue les principes; il n'a jamais négligé de se livrer à un travail personnel sur les questions qu'il étudiait. A une époque où l'école historique a joui d'une si grande faveur, où elle a fait considérer l'amélioration de la législation comme devant résulter uniquement de l'observation du passé, Mittermaier s'est toujours occupé, de préférence de l'étude des faits actuels. Il pensait que la législation devait être la consécration par le législateur des usages adoptés par le plus grand nombre; à ce titre, il ne négligeait jamais d'étudier les faits, quelque consacrée que fût la théorie qu'ils semblaient contredire. M. Goldschmidt cite un exemple frappant d'une de ces conversions amenées chez Mittermaier par l'observation et la réflexion; ce n'est qu'avec le temps que l'illustre criminaliste devint partisan du jury. — En droit pénal, les connaissances médicales qu'il avait acquises dans sa jeunesse, et qu'il cultiva toujours avec amour, eurent une grande, une heureuse influence sur sa manière de voir. Enfin, il a été l'un des hommes qui se sont adonnés avec le plus de ferveur à l'étude du droit comparé. Il a cru fermement, tout en se rendant compte des difficultés que présentait la réalisation de ce projet grandiose, qu'il viendrait un jour où les améliorations obtenues par une nation se divulgueraient chez ses voisines, où les différences entre les législations des différents pays s'effaceraient dans une marche continue et commune vers le progrès, où l'association des nations civilisées, ce qu'on appelait autrefois la chrétienté, serait régie toute entière par un droit unique. C'est cette incontestable originalité en même temps que cette vaste érudition qui ont tant contribué à faire connaître cet homme duquel M. Goldschmidt a pu justement dire que de tous les jurisconsultes allemands, sans même en excepter Savigny, Mittermaier était le plus populaire.

EVRARD DE VAULX.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence,

Par M. Krug-Basse, docteur en droit, procureur impérial à Colmar.

L'ÉTRANGER A-T-IL DROIT A L'AFFOUAGE?

Cette question qui intéresse vivement toutes les provinces frontières, et principalement l'Alsace, divise la jurisprudence et les auteurs [1]. La Cour de cassation s'est, dans ces derniers temps, plusieurs fois prononcée en faveur des étrangers. La Cour de Colmar vient, au contraire, de décider que l'étranger n'a pas droit à l'affouage [2]. Cet arrêt est l'objet d'un pourvoi; la Cour de cassation aura donc de nouveau à se prononcer sur cette question qui ne s'agite pas seulement devant les tribunaux, mais qui a eu, il y a quelques mois, les honneurs d'une discussion au sein même du Sénat. On se rappelle, en effet, qu'un certain nombre d'habitants du département de la Moselle ont envoyé une pétition au Sénat pour se plaindre du préjudice immense que leur cause l'admission des étrangers à l'affouage. Le Sénat, sur les conclusions du rapporteur, a renvoyé la pétition au ministre de l'intérieur. On voit que la question qui nous occupe est, au plus haut point, une question d'actualité.

Malgré tout le respect que nous professons pour les arrêts de la Cour suprême, nous préférons la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de Colmar, et nous ne désespérons pas de voir la Cour de cassation, après un nouvel examen, se prononcer contre l'admission des étrangers au droit d'affouage.

Il nous paraît, en effet, difficile de trouver, soit dans la

[1] Elle est d'autant plus importante pour les départements du Rhin, qu'un grand nombre d'étrangers y habitent et que presque toutes les communes y possèdent des forêts. Sur les cent neuf villes de France qui ont plus de 100,000 francs de revenus, neuf appartiennent au Haut et au Bas-Rhin.

[2] Arrêt du 28 mai 1867; Dalloz, *R. P.*, 1867, 2, 114; *Journal des arrêts de Colmar*, t. 63, p. 81.

Digitized by Google

législation intermédiaire, soit dans les lois actuelles, un seul texte en faveur des étrangers.

La législation intermédiaire, à laquelle on ne fera pas le reproche d'être inhospitalière envers les étrangers, ne leur accorde nulle part le droit de participer à l'affouage dans les communes qu'ils habitent; elle les en exclut au contraire virtuellement, car la loi du 26 nivôse an II déclare applicables au partage des coupes affouagères les dispositions de la loi du 10 juin 1793 sur le partage des biens communaux; or, cette loi prescrit que le partage se fera par tête d'habitant, et l'article 3 ajoute que l'on réputera habitant tout *citoyen* habitant la commune.

Un avis du Conseil d'État du 26 avril 1808 abrogea, il est vrai, partiellement la loi du 26 nivôse an II, en substituant au partage par tête le système plus équitable du partage par feu, mais il ne changea rien aux qualités exigées pour prendre part à l'affouage. En effet, un avis du Conseil d'État du 18 juillet 1810 exclut positivement les étrangers[1].

Une lettre du ministre de la justice, en date du 8 novembre 1825, au ministre de l'intérieur, se prononce aussi formellement contre l'admission des étrangers à l'affouage. « Il faut être citoyen français, dit cette lettre, pour jouir des bénéfices communaux et réunir à cette qualité un domicile d'un an dans la commune, d'où il suit qu'il n'y a qu'un Français ou un étranger devenu Français par des lettres de déclaration de naturalité, qui puisse participer à cette jouissance. »

« Ainsi, ni le seul fait d'une habitation prolongée, ni l'admission à jouir des droits civils ne font entrer l'étranger en partage des biens communaux. Ce que la loi prescrit, le simple esprit de justice, la raison et la prudence l'auraient du moins conseillé et fait établir. Il ne serait ni juste ni convenable que des étrangers, quels qu'ils soient, qui viennent s'établir dans une commune du royaume, partagent, avec les habitants de cette commune, des avantages qui leur sont propres. Admettre ce partage en principe, ce serait faire un appel à tous les indigents des pays limitrophes de venir résider en France. Une foule d'individus viendraient ainsi

[1] Cormenin, *Questions de droit administratif*, appendice à la 5e édition, p. 41.

Digitized by Google

ravir aux régnicoles des avantages auxquels ils n'auraient d'autre titre qu'une année de résidence, et en même temps qu'ils se fonderaient sur cette légère et facile condition, on les verrait, comme on les voit tous les jours, faire valoir leur qualité d'étranger pour se soustraire à la loi du recrutement. »

Cependant, depuis la promulgation du Code forestier, la jurisprudence devint plus favorable aux étrangers; si leurs prétentions furent constamment repoussées par la Cour de Colmar, la Cour de cassation et plusieurs autres cours les accueillirent, de sorte qu'il se forma bientôt trois systèmes.

Le premier n'accorde le droit d'affouage qu'aux Français ou à l'étranger naturalisé[1].

Le second accorde l'affouage à l'étranger lorsqu'il a été autorisé, conformément à l'article 15 du Code Napoléon, à établir son domicile en France[2].

Le troisième système l'accorde, aussi bien à l'étranger qui a établi son domicile en France sans autorisation qu'à celui qui a obtenu l'autorisation[3]. Ce dernier système est celui que la Cour de cassation a adopté par son arrêt du 31 décembre 1862 rendu conformément aux conclusions de M. l'avocat général de Raynal.

Disons tout d'abord que s'il était juste de reconnaître le droit d'affouage au profit de l'étranger, ce dernier système serait le seul acceptable. Pourquoi, en effet, faire une distinction entre l'étranger autorisé à résider en France et l'étranger non autorisé? Le droit d'affouage ne peut évidemment pas être considéré comme un de ces droits civils à la jouissance desquels l'article 13 du Code Napoléon fait participer l'étranger admis à s'établir en France; ces droits civils sont ceux qui concernent plus particulièrement les droits de famille, la faculté de recueillir ou de transmettre, soit par succession, soit

[1] Colmar, 20 janvier 1841 et 3 juillet 1846 (Dalloz, 41, 2, 176 et 46, 4, 12). Meaume, *Com. du Code for.*, t. II, n° 812. V. les autorités citées par Dalloz, *R. P.*, 63, 1, 5.

[2] Req. 28 février 1838 (Dalloz, 38, 1, 132); Migneret, *Traité de l'affouage*, n° 249; Dalloz, *Rép. gén.*, v° *Commune*, n° 2319; v° *Forêts*, n° 1781; v° *Droits civils*, n°s 201 et 202.

[3] Crim. rej. 21 juin 1861 (Dalloz, 62, 1, 251), Crim. rej. 31 décembre 1862 (Dalloz, 63, 1, 5); Metz, 23 novembre 1863 (Dalloz, 65, 2, 208).

Digitized by Google

par testament, ou les autres droits analogues. Ce qui prouve qu'il n'y a rien de commun entre l'exercice le plus étendu des droits civils et le droit d'affouage, c'est que le Français qui, par application des dispositions de l'article 42 du Code pénal aurait perdu la jouissance de ses droits civils, n'en conserverait pas moins tous ses droits à la jouissance de l'affouage.

Le véritable, le seul motif pour lequel tout étranger, admis ou non à établir son domicile en France, doit être exclu de la liste des affouagers, c'est que, comme le dit fort bien l'arrêt de Colmar, « l'affouage est l'exercice et le résultat d'un droit de propriété, conséquemment, celui-là seul peut y prétendre légitimement qui est communiste de la forêt aménagée. » Ainsi, pour avoir droit aux produits de la forêt communale, il faut être membre de la commune. Or, quels sont les membres qui forment légalement ce corps moral, cette personne juridique qui porte le nom de commune?

La loi du 10 juin 1793 le dit clairement : « La commune est une société de *citoyens* unis par des relations sociales. » Il faut donc être citoyen, c'est-à-dire Français, pour faire partie constituante de la famille communale.

Cette définition de la commune, qui est la seule qui existe dans nos lois, gêne singulièrement le système qui admet les étrangers à l'affouage. Aussi, M. l'avocat général de Raynal a-t-il cherché à l'écarter. « Pour nous, a dit l'éminent magistrat dans ses conclusions, la solution n'est pas dans cette loi du 10 juin 1793, qui a défini la commune une société de citoyens français unis par des relations locales, loi toute politique, inspirée et expliquée par les passions révolutionnaires, qui ne définit que la commune politique qui, dans tous les cas, ne s'applique qu'à la propriété même des biens communaux et non à leurs revenus; absolument étrangère à leur jouissance, étrangère surtout aux bois communaux, puisqu'elle déclare dans son article 4 qu'ils seront soumis aux règles qui ont été ou seront décrétées pour l'administration des forêts nationales. » Il faut reconnaître que si la loi du 10 juin 1793 contient des dispositions soufflées par l'esprit révolutionnaire de l'époque, ce n'est pas à la définition de la commune que ce reproche peut être adressé. Elle est, au contraire, essentiellement conservatrice, car elle aurait pu, sans

Digitized by Google

aucun changement, s'appliquer à l'ancienne paroisse ou à la communauté d'habitants.

Il n'est pas plus exact de dire que la définition donnée par la loi du 10 juin 1793 s'applique non pas à la commune, personne morale susceptible de posséder des biens, mais à la commune politique. En effet, la loi du 10 juin 1793 a été précisément édictée dans le but de déclarer quelle est la personne morale qui est propriétaire des biens communaux, et de dire quels sont les habitants qui, formant par leur réunion cette personne juridique, ont le droit de participer aux bénéfices des biens communaux. Elle avait si peu pour but de définir la commune politique que, sous l'empire de la constitution qui régissait alors la France, la commune n'existait plus comme corps politique et administratif; elle avait été remplacée par la municipalité.

Il est donc bien établi que la loi du 10 juin 1793 voulait que les citoyens français seuls participassent au partage des biens communaux ; or, la loi du 26 nivôse an II (six mois après), décida que le partage de la coupe des bois communaux, c'est-à-dire l'affouage, se ferait conformément à la loi du 10 juin précédent.

Peut-on sérieusement soutenir que l'article 542 du Code Napoléon a introduit une innovation en faveur des étrangers, parce qu'il porte que les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels *les habitants* (et non *les citoyens*) d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis? Evidemment non ; car, l'article 542 est la reproduction littérale de l'article 1er section 1 de la loi du 10 juin 1793 et cette loi n'avait en vue, comme l'affirme l'article suivant, que les citoyens français.

Voyons maintenant s'il est vrai que l'article 105 du Code forestier donne à l'étranger le droit de participer à l'affouage. Cette disposition nouvelle se révèle-t-elle soit dans les discussions de ce Code, soit dans le texte de la loi?

Elle ne se révèle nullement par les discussions qui ont précédé l'adoption du Code, car, comme dit très-bien l'arrêt de Colmar, la question d'admissibilité des étrangers s'agitait, se jugeait depuis plusieurs années. « Le gouvernement, initiateur du projet de loi, s'était prononcé pour l'exclusion de l'étranger pendant les travaux préparatoires du Code forestier, et il serait

Digitized by Google

impossible de s'expliquer, si la majorité du Corps législatif avait eu un sentiment contraire, que l'article 105 dont il s'agit, introductif d'un droit nouveau, n'eût pas formellement et explicitement consacré l'admission ; il serait donc étrange de prétendre que le législateur, depuis longtemps mis en demeure, eût involontairement gardé le silence et par prétérition créé ainsi un droit exorbitant du droit commun, néanmoins, il n'y a dans les discussions ni dans les textes aucune disposition à cet égard, d'où suit qu'on ne saurait, sans danger, ajouter à la loi. »

Le seul débat vraiment sérieux sur l'article 105, dit encore l'arrêt, a eu pour but, dans l'intérêt du clergé, de faire ajouter au mot chef de famille les mots chef de maison. Chacun, selon ses tendances, appuyait ou contestait l'intérêt éventuel des desservants, mais les adversaires de la motion repoussaient cette addition de mots par cela surtout que, les forêts communales étant la propriété des communistes, il y aurait injustice à étendre le partage des coupes aux desservants qui, d'ordinaire, sont étrangers à la commune, et la vocation du forain étranger était si peu dans l'esprit du législateur à l'occasion de cet article, que plusieurs députés tentèrent d'exclure les desservants, les instituteurs et divers employés par ce motif, emprunté à l'ancien régime, que ces personnes, quoique françaises, étaient étrangères à la commune. On était donc bien loin de songer à conférer le droit d'affouage à l'étranger.

Le texte de l'article 105 ne nous paraît pas plus favorable à l'étranger que les discussions de la loi ; en effet, cet article n'accorde le droit d'affouage à tout chef de famille ou de maison qu'à la condition qu'il ait dans la commune un *domicile* réel et fixe. La résidence, en France, d'un étranger, alors même qu'il y possède une maison ou une industrie, peut-elle être considérée comme constituant un domicile? Évidemment non ; l'article 102 du Code Napoléon qui détermine le domicile ne s'applique qu'au Français. D'ailleurs, nous avons déjà vu que l'étranger, autorisé à établir son domicile en France, ne peut revendiquer l'affouage comme un des droits civils dont l'article 13 du Code Napoléon lui accorde la jouissance.

On a encore voulu fonder le droit de l'étranger sur la nature du droit d'affouage en disant que ce droit n'est pas attaché à la personne, mais à la maison, en d'autres termes qu'il constitue

Digitized by Google

un droit réel appartenant au feu, indépendamment de la qualité du chef de maison. Ce système a été soutenu par M. l'avocat général de Raynal. « L'étranger, dit-il, qui, aux termes de l'article 13 du Code Napoléon peut posséder des immeubles en France, peut aussi, par une conséquence nécessaire, posséder tous les droits réels qui s'y rattachent. A nos yeux, le droit d'affouage est un droit réel absolument comme l'usage dans les forêts. Cela est contesté, nous le savons, par des autorités considérables, et cependant quelle meilleure explication donner de ce droit indéterminé de sa nature que de lui attribuer le même caractère qu'au droit d'usage lui-même? » La Cour de cassation, tout en reconnaissant le droit d'affouage à l'étranger, ne s'est pas appuyée cette fois, comme l'organe du ministère public, sur le caractère réel de ce droit. Dans un arrêt antérieur, du 10 mai 1838, elle avait cependant posé en principe que l'affouage est un droit qui existe pour l'utilité des maisons et des héritages de la commune, et que la jouissance en appartient à tous ceux qui possèdent, habitent ou exploitent des maisons ou héritages. Mais cette doctrine est inconciliable avec le texte de l'article 105 du Code forestier qui, loin d'accorder l'affouage à l'immeuble, l'accorde au chef de famille ou de maison; cela est si vrai qu'on peut être habitant et propriétaire d'une maison sans avoir droit à l'affouage.

On invoque encore, en faveur des étrangers, des considérations d'équité et d'intérêt public. On pourrait, sans doute, répondre aux arguments qu'on en tire que les plus puissantes considérations de ce genre ne sauraient prévaloir contre les dispositions claires et précises de la loi, mais il ne sera pas difficile de prouver que ni l'équité ni l'intérêt public n'exigent l'admission des étrangers à l'affouage; le contraire est plutôt vrai.

Et d'abord l'affouage ne leur est pas dû à titre de réciprocité, car les législations étrangères sont unanimes pour réserver ce droit aux seuls bourgeois des communes. Il en est ainsi en Bavière, en Suisse, dans le pays de Bade, en général dans tous les pays limitrophes de l'Est de la France.

On a dit quelquefois que l'affouage est la compensation des charges qui pèsent sur tout habitant, et que comme l'étranger paye, de même que le regnicole, l'impôt personnel, les prestations pour les chemins vicinaux, etc., il est juste de le faire

Digitized by Google

participer à l'affouage. Rien n'est plus faux que ce raisonnement. Quelle connexité y a-t-il entre ces charges et le droit d'affouage? Les habitants des communes qui ne possèdent pas de forêts ne sont-ils pas également soumis à toutes les charges de l'État? Mais, à supposer que l'affouage fût la compensation des charges qui grèvent le contribuable, comment l'étranger pourrait-il réclamer cette compensation puisqu'il est exempt de l'impôt le plus lourd qui pèse sur les regnicoles, du service militaire?

Enfin, est-il vrai que l'intérêt de notre agriculture, de notre commerce et de notre industrie, exige que l'étranger soit, sous tous les rapports, assimilé au regnicole?

Loin de nous la pensée qu'il ne faille pas encourager l'établissement des étrangers qui apportent en France une industrie ou une profession utile ou même simplement des habitudes d'ordre et de travail; mais il suffit d'avoir habité pendant quelque temps nos villes industrielles où de nombreux étrangers viennent chercher du travail, pour voir que tous ne sont point d'utiles auxiliaires pour notre industrie. Il en est de même des étrangers qui viennent s'établir dans nos campagnes.

Du reste, moins que jamais, l'étranger ne pourra se plaindre d'être exclu de la jouissance du droit d'affouage, puisque, d'après la nouvelle loi du 5 juillet 1867, s'il a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, il pourra se faire naturaliser et jouir de tous les droits de citoyen Français, après y avoir résidé pendant trois années. Ce stage de trois ans est même réduit à une seule année en faveur des étrangers qui auront rendu à la France des services importants, qui auront introduit en France soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y auront apporté des talents distingués, qui y auront formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles.

La loi du 5 juillet dernier a donc fait tomber une des principales objections qu'on faisait en faveur des étrangers contre la doctrine de leur exclusion du droit d'affouage.

J. KRUG-BASSE.

Digitized by Google

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1].

Par M. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris.

171. La plupart des auteurs qui ont traité ce sujet se sont évertués à spécialiser l'hypothèse de l'article 694. A nos yeux, leurs efforts n'ont pas réussi à expliquer pourquoi il faudrait, au cas prévu en cet article, s'écarter du droit commun qui régit la destination du père de famille. Peut-être aurait-on évité de chercher péniblement le sens particulier de cet article, si l'on eût bien fait attention à son origine. Cette origine, nous l'avons déjà signalée; elle se trouve dans l'article 215 de la coutume de Paris, article inspiré aux réformateurs de 1580 par la loi 10, D., *Comm. præd.* Or cette loi, de même que l'article qui y avait été puisé, était la négation de toute efficacité attribuée à la destination du père de famille, puisqu'on aboutissait à ne tenir aucun compte de l'ancien état des lieux. En conséquence de l'adoption des principes romains, les réformateurs avaient été conduits à dénaturer le caractère assigné par l'ancienne coutume à la destination du père de famille, ou plutôt, suivant la remarque judicieuse de Duplessis, ils avaient, en réalité, supprimé ce mode de constitution, puisqu'ils exigeaient absolument un titre écrit. Tout cela se tenait étroitement, et ne formait qu'un système unique, les deux propositions énoncées aux articles 215 et 216 se liant entre elles, et s'expliquant par la même idée. A part la tentative de Pothier, restée sans écho, pour désunir les deux articles, la doctrine générale ne les séparait pas, et la jurisprudence était conforme à cette doctrine. Eh bien, les rédacteurs du Code se sont attachés dans les articles 692 et 694 aux questions même qui étaient l'objet des articles 215 et 216, pour leur donner toutefois une solution inverse de celle qui était précédemment admise. — Il est vrai que les auteurs du Code commencent, ce qui est plus rationnel, par statuer sur la valeur de la destination du père de famille; ils l'érigent en titre, pourvu qu'il s'agisse de servitudes continues et apparentes, en ayant soin

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440; t. XXXI, p. 112 et 131, 521 et 539; t. XXXII, p. 12 et 146.

Digitized by Google

d'effacer la condition d'une déclaration écrite. Non contents d'avoir déjà écarté par voie de prétérition la nécessité de cette condition, ils prennent la peine de proclamer explicitement, dans l'article 694, le système de la constitution tacite de la servitude, ce qui était justement le contre-pied de l'article 215. Il nous paraît évident que les rédacteurs modernes ont voulu simplement, en suivant pas à pas les auteurs de la coutume, réglementer ce que ceux-ci avaient réglementé, tout en substituant aux décisions qu'ils rejetaient des décisions qui leur semblaient meilleures.

172. S'il en est ainsi, les principes de la saine interprétation conduisent à ce résultat que l'article 692, comme établissant la règle, doit prévaloir sur l'article 694, qui n'est qu'une application de cette règle. Voici exactement la série des idées du législateur. Dans l'article 692, il se prononce d'abord en faveur de l'usage observé dans l'ancienne coutume de Paris; désormais la destination du père de famille, par elle-même, vaudra titre; mais cet effet est positivement restreint aux servitudes continues et apparentes. Tel est le système adopté. — L'article 693 a pour but d'expliquer que la destination du père de famille consiste dans une disposition des lieux de la part du propriétaire des deux héritages. — Quant à la proposition formulée dans l'article 694, elle était superflue à énoncer; elle ne se conçoit que par le désir de bien indiquer qu'on voulait condamner absolument la doctrine consacrée par la coutume réformée. C'est l'article 215 de cette coutume qui a provoqué l'article 694 du Code : on a deux fois proclamé la vertu de la destination du père de famille, parce que la coutume l'avait deux fois niée. Est-il possible de croire qu'on ait eu l'intention de modifier aussitôt ce qui venait d'être arrêté? L'article 694 n'est qu'un exemple, en quelque sorte une décision d'espèce, à l'imitation des jurisconsultes romains. Ce qui manque dans les faits de l'espèce doit être naturellement suppléé, en remontant à la règle. L'omission de la continuité s'excuse d'ailleurs très-bien, attendu que le caractère d'apparence est celui qui est déterminant pour justifier la constitution tacite de la servitude. Les parties ont vu ce qui existait; en s'abstenant de dire que l'état des lieux serait changé, elles ont entendu qu'il serait maintenu.

173. Notre avis serait donc, si l'on était au lendemain de

Digitized by Google

l'émission du Code civil, si les choses étaient encore entières, que l'article 694 doit être complété par l'article 692. Néanmoins nous pensons qu'il y a lieu de repousser cette solution, en présence de l'ascendant qu'a conquis dans la jurisprudence cette idée que l'article 694 est indépendant de l'article 692, en présence aussi de cette considération que la condition de continuité nous paraît être exorbitante pour légitimer le jeu de la destination du père de famille. On pressent dès lors quelle est la conclusion à laquelle nous aboutirons *utilitatis causa :* c'est de donner tort à l'article 692, en ce qui concerne la continuité. Toutefois, pour rendre acceptable ce parti extrême, il nous reste une démonstration à faire. Elle consiste à établir que parmi les différents systèmes mis en avant pour circonscrire le terrain propre à l'article 694, et soustraire cet article à l'empire de l'article 692, il n'en est aucun qui soit satisfaisant, et qui, par conséquent, ne doive être rejeté.

174. Quelques mots suffiront pour faire justice d'une opinion peu accréditée aujourd'hui. Cette opinion s'attache à la lettre de l'article 694. Là où le sort des deux héritages dépend d'un seul propriétaire qui en *dispose*, un signe apparent serait l'unique condition exigée pour la constitution tacite de la servitude. Si, au contraire, il y a concours de plusieurs propriétaires, les héritages étant dans l'indivision et devenant l'objet d'un partage, la servitude ne pourrait naître, en cas de silence des codisposants, qu'autant qu'il y aurait à la fois continuité et apparence. — Cette distinction, qui a été soutenue par Merlin, ne repose sur aucun motif sérieux; on cherche en vain pourquoi dans un partage, qui au fond est un contrat d'échange, il y aurait lieu à interpréter le silence des parties autrement que dans une vente ou dans une donation. Pothier, en ses observations sur l'article 228 de la coutume d'Orléans, mettait les deux hypothèses sur la même ligne au point de vue de la destination du père de famille. Il est vrai que dans l'ancien droit la coutume de Normandie séparait les deux cas; mais c'était précisément pour aboutir à un résultat inverse, c'est-à-dire pour admettre à l'occasion d'un partage l'efficacité de la destination du père de famille, repoussée en dehors de cette circonstance. Quoi qu'il en soit, ce système a paru quelque temps avoir chance de réussir devant les tribunaux;

Digitized by Google

il avait été adopté par diverses cours, à Caen, à Bordeaux, à Metz, à Toulouse. Mais la Cour suprême a constamment condamné cette interprétation[1], que tous les auteurs modernes s'accordent également à repousser, et dont on trouvera une réfutation péremptoire dans l'excellent traité des servitudes de M. Demolombe[2].

175. Une seconde opinion compte dans la doctrine des partisans nombreux et d'un grand poids. Cette opinion s'appuie sur les termes de la définition donnée par le Code lui-même dans l'article 693, suivant lequel la disposition des lieux devrait être l'œuvre du propriétaire commun des deux héritages. C'est là, dit-on, un élément essentiel pour qu'il y ait destination du père de famille. Supposez, au contraire, que les travaux aient été faits originairement à titre de servitude, antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main. Sans doute la confusion, qui se produit plus tard, entraîne quant à présent extinction de la servitude; mais, quand la confusion vient à cesser par la séparation des héritages, la servitude, qui n'était en quelque sorte qu'assoupie, existera de nouveau, pourvu qu'il y ait signe apparent, indépendamment de la condition de continuité. Telle était si bien la pensée du législateur, en écrivant l'article 694, que cette pensée a été révélée par l'un des orateurs chargé d'exposer les motifs du projet de Code en cette matière; et, en effet, cette explication a été fournie catégoriquement par Albisson, dans son rapport au Tribunat, au nom de la section de législation.

176. On conçoit aisément que ces raisons aient pu séduire d'excellents esprits. Aussi des écrivains fort graves soutiennent-ils ce système, et nous nous rappelons l'avoir entendu professer par notre maître, quand nous étions sur les bancs de l'école Mais, quelque ingénieux que soit ce système, en respectant le domaine dans lequel le législateur semble avoir circonscrit la destination du père de famille, l'autorité des précédents historiques et la puissance de la logique sont d'accord pour repousser cette conciliation. Elle repose sur une distinction qui était, nous l'avons vu,

[1] Le dernier arrêt est à la date du 27 mars 1866; voy. Dalloz, 1866, 1, 339.
[2] T. II, n° 819.

Digitized by Google

étrangère au droit romain, et qui était également restée inconnue à l'ancienne jurisprudence. Le but des rédacteurs du Code n'était point, nous le savons, d'introduire cette distinction, puisque l'article 694 n'était que le renversement de l'article 215 de la coutume de Paris, article qui visait assurément la destination du père de famille. La distinction est donc éclose dans la pensée du tribun Albisson, qui malheureusement a pris à la lettre la définition trop étroite contenue à l'article 693. Au fond, d'ailleurs, la doctrine que cette opinion prête au législateur ne saurait se justifier. Ce qui explique la constitution tacite de la servitude, c'est l'état des lieux au moment de l'aliénation; on présume que les parties, qui n'ont pas dit le contraire, ont entendu maintenir une situation apparente, et bien connue par conséquent. Or, au point de vue de l'intention des parties, en quoi importe-t-il que la disposition des lieux ait été créée par le propriétaire commun, ou qu'il l'ait laissé subsister? Seulement, le plus souvent, l'arrangement sera l'œuvre du propriétaire commun; les auteurs se bornent en général à présenter ce seul aspect, et le législateur, en le reproduisant uniquement, a eu le tort de lui donner un caractère trop absolu. En bonne logique, les deux hypothèses appellent aujourd'hui, comme dans le passé, une solution identique. Aussi cette seconde opinion a-t-elle rencontré peu de faveur auprès des tribunaux. La Cour de Lyon a cependant jugé une fois dans ce sens, et on peut même citer un arrêt conforme de la Cour de cassation, à la date du 8 juin 1842. Mais la Cour suprême, dans ces dernières années, par des décisions réitérées, a définitivement proscrit l'interprétation que nous venons d'apprécier.

177. Nous arrivons à une troisième opinion, qui est certainement la plus considérable, à raison des suffrages imposants qu'elle peut invoquer. Si nous ne nous trompons, c'est celle qui domine aujourd'hui dans l'enseignement; elle a été adoptée par les noms les plus honorés dans la science du droit, par Demante, Ducaurroy; enfin M. Demolombe s'est prononcé en faveur de ce dernier essai de conciliation. D'un autre côté, c'est le système auquel semble se rattacher finalement la jurisprudence, qui a longtemps flotté; il est suivi par la plupart des Cours impériales, et la Cour de cassation depuis plus de dix ans n'a point varié dans l'adhésion qu'elle a

Digitized by Google

donnée à cette interprétation, si bien que les arrêtistes considèrent cette solution comme étant devenue un point constant[1].

178. Cette opinion voit encore dans l'article 694 une hypothèse spéciale, exempte du joug de l'article 692. Ce qui particularise ladite hypothèse, c'est la circonstance que le prétendant à la servitude serait à même d'exhiber le contrat par lequel a été opérée la séparation des héritages, contrat ne contenant aucune convention relative à la servitude, soit pour l'autoriser, soit pour la condamner. Grâce à la possession du titre, qui est reconnu muet à cet égard, la position devient, dit-on, meilleure: l'apparence est alors seule exigée, et la discontinuité reste indifférente. Ce n'est qu'à défaut de la représentation du titre séparatif que l'article 692 exerce véritablement son empire; ici la double condition d'apparence et de continuité serait indispensable.

179. Dans ce système, on est obligé de reconnaître[2], ce qui nous a toujours paru assez clair, que l'article 694 rentre dans le domaine de la destination du père de famille. Seulement ce mode de constitution des servitudes aurait été organisé à deux degrés; il serait doué de plus ou moins d'énergie, selon les cas. Nous posséderions ainsi deux sortes de destination du père de famille, l'une qui fonctionnerait sans qu'il fût besoin d'exhiber l'acte qui a consommé la division des héritages, l'autre ne pouvant au contraire se passer de cet élément. Il n'en est pas moins vrai que, pour l'établissement de la servitude, l'existence de signes apparents au moment de

[1] M. Dalloz, année 1867, partie 1re, p. 252, dans ses notes sur un arrêt en date du 1er juillet dernier, s'exprime ainsi : « Après de longues controverses, « c'est un point aujourd'hui constant en jurisprudence, que le mode d'ac- « quisition écrit en l'article 694 s'applique à toutes les servitudes appa- « rentes, continues ou discontinues. »

[2] M. Demolombe, t. II, n° 821, fait cet aveu; mais vous lirez dans divers arrêts que l'article 694 forme un cas spécial, *en dehors* de la destination du père de famille. Il est vrai qu'on omet de dire ce qui manque pour cette destination : c'est ce qu'il nous est impossible de découvrir, du moment où l'on tient pour indifférent que l'arrangement des lieux ait été *créé* ou simplement *conservé* par le propriétaire commun. La représentation du titre, de l'*instrumentum*, à laquelle cette opinion attache tant d'importance, loin de contredire la destination du père de famille, ne fait que la corroborer, en établissant péremptoirement qu'aucune convention n'est intervenue pour modifier cette destination.

Digitized by Google

l'aliénation est chose suffisante; on doit induire alors du silence observé par les parties la volonté de maintenir l'état des lieux, abstraction faite de la continuité. En réalité, l'intention de créer la servitude est sous-entendue, par cela seul qu'il y a apparence : sur ce point capital la continuité est superflue; elle ne jouerait son rôle que pour mettre la certitude d'intention au-dessus de tout doute; elle influerait uniquement sur la preuve à faire.

180. Si telle avait été la pensée de notre législateur, son attention n'aurait-elle pas dû se porter d'abord sur le cas où les titres sont représentés? Dans un pays où depuis des siècles est en vigueur la prohibition de la preuve testimoniale, dès qu'il s'agit d'un intérêt d'une faible importance, l'usage général est que les aliénations d'immeubles s'accompagnent d'actes écrits. C'était en vue de cette hypothèse, la plus fréquente assurément, que devait être posée la règle, quant aux effets de la destination du père de famille. Tout au contraire, le législateur serait parti de cette idée que les titres feraient habituellement défaut; et, dans cette prévision, il aurait exigé en principe, pour la conservation du *statu quo*, la réunion de l'apparence et de la continuité. Néanmoins, aurait-il ajouté, si par hasard, il arrivait que les titres existassent, et qu'ils fussent muets, dans ce cas on doit se contenter de l'apparence.

181. Examinons maintenant ce qui s'est passé. Voilà plus de soixante ans que le Code civil a été promulgué, et qu'on dispute sur le véritable système qu'il a entendu consacrer en cette matière. Parcourez toutes les espèces qui ont retenti devant les tribunaux, et elles sont nombreuses, vous verrez que les titres n'ont jamais manqué. La prétendue exception a donc usurpé la place de la règle. On peut dire que, chez nous, dans la pratique des affaires, l'apparence est le seul élément décisif pour la constitution tacite de la servitude. Quant à l'article 692, dans le système qui prévaut, il serait resté jusqu'à présent bien inutile. En théorie, cependant, on le conçoit comme susceptible de sortir de l'inertie à laquelle les faits semblent l'avoir condamné. Attendons une occasion qui lui fournisse le moyen d'entrer en jeu; peut-être, dans l'avenir, une espèce se rencontrera-t-elle qui permettra d'en faire l'application.

182. Nous voulons cependant aller au-devant de cet événement. Plaçons-nous en présence de la situation nécessaire,

Digitized by Google

prétend-on, pour qu'il y ait lieu de faire un appel à l'article 692. Des immeubles, qui furent réunis dans la même main, ont été divisés, sans que des écrits aient été dressés; ou plutôt on s'est contenté d'actes sous seing privé, dont la confection est constatée au moyen de leur enregistrement; mais ces actes ont été égarés, ils ne peuvent être produits. Nous sommes bien alors dans le domaine que l'on consent à laisser à l'article 692 : c'est ici qu'apparaît l'importance de la continuité. S'agit-il d'une servitude continue, la perte du titre est inoffensive; il faut présumer qu'il n'y a pas eu de convention dans le but de modifier la disposition des immeubles. Mais si la servitude, toujours apparente, est en même temps discontinue, la présomption va changer; on doit incliner à supposer une convention d'après laquelle l'état des choses aurait été modifié. Bizarre distinction dans une législation, qui, en retournant les maximes suivies dans la coutume de Paris, a voulu que le maintien du *statu quo* fût sous-entendu, que dès lors l'*innovation* fût l'objet d'une convention *expresse*. Sans doute, il y a une différence entre le cas où les titres sont produits et celui où ils ne le sont pas. Dans le premier cas, on a la certitude de l'absence d'une convention formelle, certitude qui n'existe point rigoureusement dans l'autre cas. S'est-on expliqué, ne l'a-t-on point fait, nous l'ignorons quand les écrits ont disparu. En faveur de qui doit pencher alors la balance? Le bon sens répond que la charge de la preuve incombe à celui dont la prétention, pour être fondée, exigeait une convention expresse, non à celui qui pouvait se contenter d'une convention tacite. Or, dans l'article 694, entendu comme le veulent les partisans de la troisième opinion, l'existence de travaux apparents suffit pour entraîner constitution implicite de la servitude. — Il y a d'ailleurs une circonstance très-grave, qui indique où est la vraisemblance, et qui permet de reconstituer le titre perdu. C'est la possession, c'est le maintien de l'état des lieux. A défaut d'écrits, les choses, comme on l'a dit, parlent d'elles-mêmes; il y a un titre muet dans la disposition des immeubles. Nous supposons qu'en fait les signes de la servitude ont subsisté, et que la servitude a été exercée. Dans cette situation, il devient fort peu probable que le propriétaire, qui souffre de cet état, ait eu depuis la séparation des héritages le droit de s'y opposer, que ce droit lui ait été re-

Digitized by Google

connu par une convention expresse, et qu'il ait négligé de se procurer en réalité l'affranchissement signalé.

183. On nous accusera peut-être d'inconséquence; car nous faisons le procès à l'article 692 où la condition de continuité est écrite, et néanmoins nous avons exprimé l'idée que cet article gouvernait toute la matière de la destination du père de famille.—Il nous sera facile de nous disculper. On sait déjà que nous ne sommes point le champion de l'opportunité de la division des servitudes en continues et discontinues. Nous l'avons jugée mauvaise au sujet de la prescription, et nous ne pensons pas qu'elle doive avoir de l'influence en ce qui concerne la destination du père de famille. Au point de vue de la saine théorie, nous partageons complétement la doctrine qui exclut pour l'application de l'article 694 la condition de continuité, et nous approuvons la jurisprudence qui s'est prononcée en faveur de cette doctrine. Ce que nous blâmons, c'est la distinction établie entre le cas où le titre manque et celui où il est produit. Nous estimons que, étant admis ce point de départ que l'apparence suffit pour emporter tacitement constitution de la servitude, il y a défaut de logique à ne pas interpréter la probabilité des conventions non représentées dans le sens du maintien d'un état de choses, qui de plus n'a pas varié postérieurement à la séparation. Sans doute, la réserve de l'article 692 pour cette hypothèse unique, vu la rareté de ladite hypothèse, n'offre pas en pratique de grands inconvénients. Mais il n'en résulte pas moins un manque d'harmonie dans l'ensemble des règles du Code. — Quant au législateur, nous ne lui imputons pas d'avoir conçu et prémédité ce système de deux destinations du père de famille, l'une plus sévère, l'autre plus indulgente. Nous sommes convaincu qu'il avait entendu établir un système unique, d'après lequel ce mode d'établissement, de même que la prescription, ne devait s'appliquer qu'aux servitudes à la fois continues et apparentes [1]. Quand il a écrit l'article 694, il n'a pas songé à

[1] Il est à croire que les rédacteurs du Code ont pris pour guides les auteurs qui avaient interprété la portée de la destination du père de famille pour les pays de coutume où elle n'était pas subordonnée à une déclaration écrite. Le dernier de ces auteurs, Lalaure, ne se contentait pas de signes apparents, il voulait encore (p. 247 de son *Traité*) qu'il s'agit d'une servitude *qui aurait une cause continuelle et permanente.*

Digitized by Google

modifier la règle qu'il venait de poser; il a voulu seulement mettre en relief l'efficacité de la destination du père de famille, pour le cas où la question se présente habituellement, là où le titre ne s'explique pas ; il n'a eu d'autre intention que celle de faire prévaloir la présomption rejetée par les coutumes de Paris et d'Orléans.

184. On sait que l'omission du mot *continue* dans l'article 694 a permis d'édifier dans la pratique des affaires une destination du père de famille indépendante de la condition de continuité, système consacré par de nombreux arrêts [1]. Faut-il maintenant, pour restituer au Code sa véritable physionomie, essayer de remonter le courant de la jurisprudence? L'entreprise serait ardue, et le triomphe ne serait obtenu qu'à la suite de bien des procès. Une longue expérience a prouvé que les servitudes sont des avantages que les propriétaires tiennent à conserver, ou des charges dont ils cherchent à se débarrasser à tout prix, et qu'ils ne reculent pas devant des frais considérables pour atteindre ce résultat. La résistance serait opiniâtre, s'il était question de condamner à disparaître toutes les servitudes discontinues qui s'exercent aujourd'hui comme tacitement constituées à raison du silence gardé au moment de la séparation des immeubles précédemment réunis dans la même main. Nous n'hésiterions pas cependant à combattre la doctrine devenue dominante, si nous étions persuadé que l'élément de la continuité doit rationellement jouer un rôle dans l'établissement des servitudes par la destination du père de famille. Mais, notre opinion étant contraire, nous pensons qu'il y a lieu de se féliciter de ce que, grâce à l'article 694, on a pu se débarrasser en cette matière de la condition de continuité. Nous désirons, en outre, que la proscription de la continuité devienne complète, et que l'article 692 reste à l'état de lettre morte, même pour le cas où le titre séparatif des héritages ne pourrait être représenté. Nous terminerons cette partie de notre sujet, en examinant le point de savoir s'il est bon d'attacher quelque importance au défaut de continuité.

185. Quelle est la base du mode de constitution des servitudes qualifié destination du père de famille? Le judicieux

[1] V. n° 141.

Digitized by Google

Pothier l'a indiquée en deux mots dans ses observations sur la coutume d'Orléans : *Les immeubles aliénés sont censés l'avoir été en l'état qu'ils se trouvaient.* Cette présomption n'est fondée sans doute qu'autant que cet état se révèle par des signes extérieurs, de nature à fixer l'attention des parties intéressées. Par là se justifie très-bien la condition d'apparence. Mais que vient faire ici la continuité? Une servitude discontinue, annoncée par des travaux permanents et visibles, n'est-elle pas constitutive de l'état actuel des immeubles, ne concourt-elle pas à former cet état? La maison vendue déversait d'une façon ostensible ses eaux *ménagères* sur le terrain conservé par le vendeur; elle était alimentée d'eau par un puits auquel donnait accès une porte pratiquée dans le mur d'une cour dépendant d'une maison retenue par le vendeur. L'exploitation de l'héritage aliéné était facilitée par un passage exercé sur l'héritage voisin appartenant à l'aliénateur, passage dont les traces étaient bien marquées, et pour l'usage duquel tels ou tels travaux avaient été exécutés. Voilà autant de servitudes discontinues [1], dont le sort dépendra, en cas d'absence de convention formelle, de la solution donnée à cette question: l'efficacité de la destination du père de famille est-elle ou non subordonnée à la continuité de la servitude?

186. La règle d'après laquelle les servitudes apparentes suivent tacitement l'immeuble, sans distinction de la continuité ou discontinuité, a été consacrée par le législateur à l'occasion de l'appréciation de la garantie due en matière de

[1] Il y a controverse sur le point de savoir si la servitude d'évier, ou d'égout des eaux ménagères, est discontinue. Nous en avons parlé précédemment n° 118, et nous avons dit qu'il nous paraissait difficile de faire concorder cette servitude avec les éléments requis pour la continuité, suivant la définition légale de ce caractère. C'est en ce sens, en effet, que s'est prononcée la Cour de cassation, notamment par un arrêt du 19 juin 1865. — Quant au droit de passage, plusieurs arrêts de la même Cour ont décidé que, si le passage s'annonçait par des signes apparents, la servitude se trouvait tacitement constituée, par application de l'article 694, en cas de silence du titre séparatif, même abstraction faite de la condition d'enclave. Cette dernière circonstance n'est pas indifférente; il a été jugé maintes fois avec raison que l'acquéreur d'un fonds, dont l'enclave n'est pas antérieure à l'aliénation, pouvait exiger un passage sur les terrains dépendant du même patrimoine que la parcelle aliénée, et joignant celle-ci à la voie publique. C'est un exemple de constitution tacite pour une servitude discontinue, qui serait aussi non apparente.

Digitized by Google

vente. Aux termes de l'article 1638, l'acheteur doit supporter toutes les servitudes *apparentes*, sans qu'il soit besoin d'en faire la déclaration. Serait-il possible d'user ici de la distinction à l'aide de laquelle on a voulu concilier les articles 692 et 694? Dira-t-on que l'acheteur subira sans indemnité les servitudes même discontinues pour le cas où le contrat de vente serait produit, tandis que, si la vente était verbale, ou que l'acte sous seing privé fût égaré, l'acheteur pourrait exiger des dommages intérêts? Pour les obtenir, il raisonnerait de la sorte : il n'est pas prouvé, dirait-il, faute de la représentation d'une convention écrite, qu'il n'y a eu au moment de la vente aucune déclaration relative à des servitudes apparentes, mais discontinues; donc, je suis censé ne m'être pas soumis à les supporter. Point de doute qu'une pareille prétention serait repoussée. C'est cependant là le système qu'on trouve au fond de la troisième opinion, alors que la servitude apparente et discontinue doit mettre l'acquéreur en rapport avec son auteur. Il nous est impossible d'apercevoir une bonne raison de différence entre les deux hypothèses. Le propriétaire qui met hors de ses mains l'un de ses immeubles, prend à l'instant même, à raison de cet immeuble, la qualité d'un étranger; les rapports de fait établis pour l'amélioration de l'héritage retenu sur l'héritage aliéné, ou *vice versa*, acquièrent aussitôt le caractère de servitudes, et doivent être traités comme les servitudes existant antérieurement au profit d'un voisin.

187. Rappelons-nous le sens que notre législation, à tort ou à raison, attache au caractère de discontinuité dans les servitudes; elle est, à ses yeux, le signe de la précarité, ainsi que nous l'avons établi précédemment. Que cette interprétation soit bonne ou mauvaise en général, il est clair qu'elle doit être mise de côté, quand il s'agit d'actes exercés par le propriétaire sur l'un de ses héritages au profit d'un autre. L'origine de l'état de choses ainsi créé ne peut tenir ici à l'esprit de tolérance d'un voisin, qui n'existe pas. Les travaux exécutés pour organiser le rapport de fait, qui plus tard se transforme en servitude, ces travaux ont été accomplis *animo domini*, dans la pensée d'améliorer la condition de tel immeuble de la part de celui qui devait avoir souci de réaliser des améliorations. Tout au plus y aurait-il lieu d'examiner s'il ne s'agissait que d'un arrangement transitoire, *non perpetui usus*

Digitized by Google

causa, suivant les expressions de Dumoulin. Mais c'est là une question de fait, dépendant des circonstances de chaque affaire, dont l'appréciation doit être laissée à la sagacité des tribunaux.

188. Enfin, si l'on se pénètre bien de l'esprit qui a fait admettre ce mode de constitution des servitudes, on répondra facilement à une objection proposée contre le système auquel nous nous rangeons par notre collègue et ami, M. Villequez, dans un remarquable travail qu'il a publié sur le conflit des articles 692 et 694 [1]. L'auteur a parfaitement établi la subordination, qui, dans la pensée des rédacteurs du Code, devait exister pour l'article 694, par rapport à l'article 692, dont il n'était qu'un développement; seulement il estime que cette subordination doit être maintenue. Nous différons de sentiment sur un point avec notre honorable collègue, et nous croyons que la *causa utilitatis* est préférable à l'honneur des règles de l'herméneutique. Nous ne reviendrons pas sur l'équivoque, qui, d'après M. Villequez, pèse fatalement sur toute servitude discontinue, malgré son apparence; nous nous sommes déjà expliqué là-dessus. Nous nous attacherons uniquement à un argument présenté par le savant professeur de Dijon pour faire prévaloir la doctrine qu'il défend. Il s'appuie sur cette idée que, pour l'établissement d'une servitude discontinue, l'existence d'un titre est absolument nécessaire, aux termes de l'article 691. Telle est effectivement l'exigence de notre droit; mais précisément le titre ne fait pas défaut, toutes les fois qu'il y a destination du père de famille. Ce qui manque au titre, c'est une forme extrinsèque; la convention est sous-entendue, ce qui ne l'empêche pas d'exister. Comme le fait observer très-justement M. Demolombe, l'induction tirée par le législateur du silence qu'ont gardé les parties vaut titre, c'est-à-dire vaut convention expresse; et il rappelle à ce sujet le vieil adage : *eadem vita citi atque expressi.*

E. MACHELARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

[1] V. *Revue historique*, t. V, p. 197 et suiv.

Digitized by Google

NOTRE MARINE MARCHANDE ET SON AVENIR,

Par Jules Leveillé,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris, chargé d'un Cours de droit maritime.

(Deuxième et dernier article.)

IV.

Par quels moyens peut-on relever et développer la marine marchande française?

31. Après avoir défini les conditions multiples qui font la prospérité de la marine anglaise, je crois n'avoir plus besoin de démontrer que la libre concurrence des pavillons, admise en Angleterre depuis vingt ans, n'est qu'un rouage isolé, qu'un détail du système. S'imaginer que pour créer ou pour rétablir une marine il suffit de proclamer la libre concurrence des pavillons est une illusion. La loi de 1866, si elle reste seule est condamnée à l'impuissance. Pour qu'elle devienne féconde, il faut que sans retard nous décidions tout un ensemble de mesures pratiques, que j'essaye maintenant de déterminer.

Je ne me dissimule pas combien semble téméraire l'étude que j'entreprends. Mais il s'agit d'une industrie dont la splendeur importe au prestige de la France. En méditant le sujet, j'ai cru voir les conditions nouvelles dont nos armateurs ont besoin pour reprendre courage. Désintéressé dans ces questions si graves, ne cherchant avec passion qu'une chose, le bien du pays, j'ai pensé que j'avais le droit de soumettre mes conclusions au jugement des hommes, qui à un degré quelconque portent la responsabilité de notre fortune économique.

32. Pour relever à bref délai notre marine marchande, il faut, suivant moi, la constituer en un syndicat, dont je dirai les attributions et les ressources.

Pour fournir à nos navires un fret d'entrée, il faut appeler en France par des séductions effectives le commerce d'entrepôt; il faut par une extension du Zollverein fonder l'union douanière franco-allemande.

Pour fournir à nos navires un fret de sortie, il faut ouvrir à nos produits des débouchés extérieurs en permettant à nos agents consulaires de faire pour nos compatriotes le courtage des marchandises et du fret.

Digitized by Google

Il faut procurer à nos armateurs un personnel nombreux et amélioré par la refonte de l'inscription maritime.

Il faut procurer à nos armateurs des capitaux par la création d'une banque maritime.

La marine française, groupant ses forces, trouvant du fret, des hommes, de l'argent, tel serait, si je ne m'abuse, le résultat immédiat des mesures que je viens d'énumérer et que je vais définir.

33. — I. — *Il faut constituer la marine marchande en un syndicat.*

En Angleterre il y a des maisons colossales, qui font soit l'armement, soit l'exportation. Ces maisons, qui vivent des siècles, sont de véritables dynasties. Nous n'avons pas en France cette organisation vigoureuse. Eh bien! syndiquons-nous, formons le faisceau. Je ne demande pas que les armateurs, que les exportateurs fusionnent, mais qu'ils juxtaposent leurs intérêts. Chacun spéculera pour soi, gardera pour soi les chances bonnes ou mauvaises de ses opérations personnelles. Je ne propose pas une association, mais un syndicat. Certaines dépenses, entreprises dans l'intérêt de tous, seront supportées en commun, voilà tout. Syndiquer des particuliers est toujours une tâche difficile. Mais il s'agit ici d'hommes qui appartiennent à la même profession, éprouvent les mêmes besoins, et qui compétents dans les questions maritimes sont capables d'apprécier promptement si le plan qu'on leur soumet est acceptable ou non.

34. Quelles seraient les attributions, quelles seraient les ressources du syndicat?

Le syndicat aurait pour mission générale de rétablir entre la France d'une part et les lieux producteurs de matières premières ou les marchés consommateurs d'autre part des courants directs d'affaires.

Mais il devrait avant tout transformer en une vaste assurance mutuelle l'assurance à prime, telle que notre commerce la pratique. C'est dans cette opération que le syndicat trouverait ses ressources budgétaires en même temps que la première de ses attributions.

Comprenons bien cette transformation de l'assurance. Quand l'armateur expédie un navire exposé aux risques de mer, il

Digitized by Google

achète sa sécurité en payant une prime à l'assureur sur corps. Quand l'exportateur expédie une cargaison exposée aux risques de mer, il achète sa sécurité en payant une prime à l'assureur sur facultés. Eh bien ! l'un et l'autre payent d'un prix abusif cette sécurité qu'ils veulent, et dépensent là très-infructueusement des millions qu'ils pourraient mieux placer.

Je prends des chiffres. Je négligerai les assurances sur corps, qui en France cependant portent sur un effectif de quinze mille navires grands et petits, mais qui ne laissent pas de larges bénéfices aux compagnies. Je ne m'occuperai que des assurances sur facultés, c'est-à-dire sur marchandises. En 1867 le commerce de la France, importation et exportation comprises, atteint 6 milliards de francs. La moitié de ce commerce au moins se fait par mer[1], et sur marchandises l'assurance atteint, si elle ne dépassse, le taux de 2 p. 100. Le commerce maritime de France débourse au bas mot 60 millions de primes aux compagnies. Qu'en font-elles ? Les sinistres absorbent un tiers des primes, soit 20 millions. Les frais généraux, que l'état-major des compagnies composé des principaux actionnaires ne marchande pas, parce qu'il en absorbe une bonne part, et que les frais généraux dissimulent une fraction des profits, ne montent pas à 10 millions ; les bénéfices nets attribués aux actionnaires représentent donc 30 millions. On ne contestera pas les revenus élevés des compagnies ; la cote de leurs actions confirme mes calculs. On ne contestera pas la proportion régulière des sinistres aux primes ; les compagnies le disent elles-mêmes : les sinistres pour nous ne sont plus des accidents, mais des échéances. Les compagnies vendent ainsi 60 un service qui leur coûte 20, qu'on mette si l'on veut, 30. Le commerce paye donc beaucoup trop cher la sécurité qu'il obtient. Au fond c'est le commerce par sa masse qui fait vis-à-vis de chacun de ses membres la sécurité qu'il achète à si haut prix des compagnies. L'office des assureurs à prime, à quoi se réduit-il en définitive ? A toucher beaucoup de l'ensemble des assurés, à restituer peu aux sinistrés. Les compagnies d'assurances sont des caisses de réception et de distribution de deniers, rien de plus. Une machine capable de prendre 60 et de ne rendre ensuite que 20 les remplacerait parfaitement.

[1] La proportion est même des deux tiers.

Digitized by Google

Ces 30 millions et plus, que le commerce perd tous les ans, que ne les réserve-t-il pour en faire la dotation du syndicat ? Au lieu de les jeter par la fenêtre, que ne les place-t-il? que ne les fait-il travailler pour lui? Pour entretenir le syndicat, il ne serait pas besoin d'une cotisation spéciale. Il suffit que les armateurs et exportateurs s'assurent mutuellement, qu'ils payent comme par le passé sur les mêmes bases, d'après les mêmes tarifs variant avec la solidité des navires, avec la diversité des saisons, avec le péril des voyages, leurs primes. Le syndicat encaisserait les primes, payerait les indemnités aux sinistrés; l'excédant libre que j'estime au minimum à 30 millions serait le moyen financier, à l'aide duquel le syndicat pourrait rendre au commerce maritime bien d'autres services.

35. Cette transformation de l'assurance soulèvera manifestement des contradictions intéressées de la part des compagnies actuelles.

On invoquera surtout contre l'opération que je recommande cette considération que la surveillance d'un syndicat sera nécessairement plus molle, qu'il en résultera des sinistres frauduleux. Mais dès aujourd'hui les compagnies, pour justifier l'élévation de leurs tarifs, allèguent qu'elles sont souvent contraintes de payer des sinistres frauduleux. L'inconvénient qu'on redoute ne sera donc pas la conséquence de l'assurance mutualisée, puisque sous le régime de la prime il se produit déjà. Je crois au contraire que par l'assurance mutualisée les sinistres deviendront plus rares. Dans cette combinaison en effet chaque assuré est en même temps assureur. Dès lors un contrôle respectif s'établit entre les armateurs dans les mers les plus lointaines. Les consuls en outre seraient les représentants rémunérés du syndicat, ils en seraient les agents d'autant plus vigilants. Sur les registres du syndicat enfin un compte spécial et personnel serait ouvert à chaque armateur, à chaque capitaine, à chaque exportateur, à chaque consul. Des dossiers individuels seraient formés. Admettons qu'un capitaine par exemple propose un sinistre suspect. Le syndicat examinera les faits. Si la fraude est prouvée, le syndicat rejette le sinistre, c'est le droit commun. Mais supposons que la preuve ne soit pas assez éclatante pour que le sinistre soit rejeté, bien que tout le monde ait la conviction morale qu'il y a eu dol, le syndicat frapperait d'une surprime dans l'avenir le capitaine coupable,

Digitized by Google

et ce capitaine, certain qu'après une faute lourde ainsi sanctionnée il ne trouverait plus d'armateur qui lui confiât un commandement, se garderait bien en commettant des actes dolosifs de briser sa carrière. De même que le syndicat sévirait contre le capitaine coupable, de même et à l'inverse il primerait le capitaine qui aurait fait une longue navigation sans causer d'avaries à son navire. Les compagnies de chemin de fer aujourd'hui n'attribuent-elles pas de véritables primes aux mécaniciens qui soignent le mieux leur machine et occasionnent le moins de frais d'entretien?

Les compagnies d'assurances objecteraient-elles qu'elles subissent par le fait du syndicat une véritable expropriation, et que dès lors elles ont droit à une indemnité? Mais l'assurance mutuelle serait essentiellement volontaire, facultative; le champ resterait libre pour les compagnies à prime.

Je conçois que les compagnies s'inquiètent de l'idée d'un syndicat. Il est toujours pénible d'abandonner un revenu princier; et les compagnies ont cette rare fortune de gagner de l'argent quand les armateurs en perdent. Mais les compagnies doivent sentir que notre pavillon décline, qu'elles ne sont pas créées pour conduire le deuil de la marine française, et qu'il vaudrait mieux dans l'intérêt général ranimer cette belle industrie qui se meurt. Pourquoi les compagnies, délaissant l'exploitation abusive des assurances, n'entreprendraient-elles pas de fonder une banque maritime, dans laquelle du moins elles trouveraient en échange de véritables services rendus la légitime rémunération de leurs capitaux et de leur intelligence?

36. — II. — *Pour procurer à nos navires un fret d'entrée, il faut, entre autres moyens, faire du Zollverein une union douanière franco-allemande.*

Ce que nous devons par dessus tout désirer dans l'intérêt de notre marine et de nos manufactures, c'est l'apport direct des matières premières de l'étranger dans nos ports.

Mais comment établir chez nous le commerce d'entrepôt?

Il est sage de maintenir pour quelque temps encore les surtaxes d'entrepôt qui frappent les marchandises exotiques, lorsqu'elles font escale en Angleterre, en Belgique, en Hollande; il faut en effet favoriser les importations directes.

Nous devons encourager dans nos colonies la culture des

Digitized by Google

matières premières qui n'ont pas de similaire en France. Pour y parvenir, il serait bon de changer le régime administratif des colonies, qui ne me paraît pas organisé en vue de la production [1].

La libre concurrence des pavillons, en imposant de moindres avances à l'importateur, contribuera à ramener vers la France les marchés des matières premières que nous travaillons.

Notre législation douanière doit de plus en plus accentuer ses tendances libérales. Depuis 1860 elle n'admet plus de prohibitions; elle grève moins d'objets et elle les grève moins fortement; que notre sol devienne hospitalier à tous les produits du monde.

Il faudrait faciliter aux expéditeurs de matières premières les emprunts sur consignation. Une loi de 1858 a bien autorisé l'institution de docks et organisé l'escompte des warrants, titres représentatifs des marchandises déposées. Mais l'emprunt sur nantissement a, par suite d'un préjugé absurde vieux de plusieurs siècles, été toujours considéré comme une opération de détresse; et, l'emprunteur craignant que par la circulation des effets qu'il avait souscrits son nom fût indiscrètement livré à la publicité, les négociants n'ont plus voulu profiter du crédit gagé. On doit pourtant comprendre que, sans un service d'avances largement établi, le commerce d'entrepôt ne s'installera jamais chez nous. Il est donc urgent qu'une banque fortement dotée, la Banque maritime par exemple dont je parlerai bientôt [2], fournisse aux expéditeurs le moyen de mobiliser au moins partiellement, même avant la

[1] Je consacrerai un chapitre spécial au régime des colonies.

[2] La Banque de France pourrait dans l'intérêt du pays pratiquer les avances sur marchandises. Je sais bien que les établissements qui escomptent les warrants font souscrire aux emprunteurs des effets à quatre-vingt-dix-jours, renouvelables, qu'ils réescomptent ensuite à la Banque de France. Mais cette façon d'opérer est fâchense. Ces effets ne sont plus du papier fait; ils représentent des prêts non des ventes; ils sont renouvelables, ce qui leur donne une échéance en quelque sorte mobile; et le préjugé qui existe déjà contre l'escompte des warrants semble partagé par la Banque, qui d'une manière détournée prête bien sur marchandises mais paraît ne pas vouloir l'avouer. Je préférerais que la Banque de France maniât franchement ce genre d'opérations et le réhabilitât par cette intervention même, dût-elle pour alimenter spécialement ces avances émettre des obligations à court terme et productives d'intérêt.

Digitized by Google

vente, la valeur de leurs cargaisons. La Banque maritime garderait dans son portefeuille le nom et les effets des emprunteurs, et ne mettrait en circulation que ses propres engagements.

Les expéditeurs de matières premières ne souhaitent pas seulement des avances en cas de besoin; ils réclament aussi et surtout des débouchés étendus; il faut donc régulariser et propager dans les docks le système des ventes publiques, qui facilite pour les expéditeurs le placement au comptant de leurs envois. Les acheteurs qui se présentent dans les ventes publiques de matières premières sont naturellement nos manufacturiers; malheureusement nos manufacturiers français n'absorbent qu'une quantité limitée. N'existerait-il pas un moyen de doubler, de tripler notre puissance d'achat, afin d'élargir nos marchés français? C'est ici que je propose pour y parvenir la formation du Zollverein franco-allemand.

37. Tout le monde sait ce que fut le Zollverein, et ce qu'il est.

Jusqu'en l'année 1834 l'Allemagne était divisée en petites souverainetés locales. Chaque royaume, chaque duché, chaque principauté avait sa ligne douanière, son personnel douanier, ses tarifs douaniers. La marchandise était arrêtée à chaque pas; de là des pertes de temps, des charges multiples; et cet impôt, dont le poids était si lourd au commerce, dont la perception était si coûteuse au fisc des souverains, ne rapportait en définitive au budget des divers États que des ressources médiocres.

Un professeur d'économie politique de Tubingen, le docteur List souleva le premier en 1819 l'idée d'une confédération douanière qui engloberait toute l'Allemagne. Les douanes intérieures avec leur personnel surabondant, leur tarification bigarrée, leurs perceptions accumulées, disparaîtraient; les marchandises pour parvenir aux usines, pour circuler, n'auraient plus à franchir qu'une seule ligne, aux frontières extérieures. La proposition, qui avait le défaut d'être neuve et simple, fut taxée de chimère par les routiniers du temps. Quinze ans après l'idée du docteur avait pris corps, et le Zollverein se constituait à la date du 1er janvier 1834. Par des adhésions et des prorogations successives, le Zollverein a couvert toute l'Allemagne, il dure encore aujourd'hui.

Digitized by Google

L'unité douanière se réalisait ainsi, alors que l'unité politique n'existait pas. Les recettes étaient mises en commun, et le produit réparti entre les divers États d'après le chiffre de leur population, c'est-à-dire d'après la consommation locale probable[1].

La décentralisation politique entretient dans chaque région de l'Allemagne un ou plusieurs foyers actifs de vie industrielle; la main-d'œuvre est à vil prix, ce qui est une des causes de l'émigration continue dont souffre le pays. Mais l'instruction est florissante; l'Allemagne a merveilleusement résolu le problème, qu'aujourd'hui nous nous posons en France, qui consiste à varier l'instruction suivant les aptitudes et les carrières. L'éducation littéraire reste le lot des jeunes hommes qui se sentent une véritable vocation pour les choses de l'esprit; l'éducation professionnelle y est versée à flots, préparant les masses aux travaux féconds de l'industrie. Le Zollverein fabrique surtout des produits communs; il rivalise ainsi plutôt avec l'Angleterre qu'avec la France. Il compte depuis longtemps en Europe comme une puissance économique de premier ordre, passe des traités de commerce et de navigation. Malheureusement il manquait de ports commodes, ce qui entravait le développement de sa marine marchande et de sa marine militaire. Il possède aujourd'hui Kiel et Hambourg; et la fortune de l'Allemagne loin de diminuer grandit.

38. Faut-il maintenant que la France entre dans le Zollverein? faut-il que l'union allemande devienne l'union franco-allemande?

L'union commerciale des deux pays serait facilitée par l'analogie des législations douanières qui permettent l'introduction en franchise des matières premières et n'appliquent que des droits modérés. La suppression des douanes sur la limite séparative des deux empires amènerait avec une économie de personnel une plus vive circulation de marchandises. Nos ports, qui servent bien quelquefois au transit des cargaisons vers l'Allemagne, deviendraient les ports habituels du Zollverein. Derrière la ligne des manufactures françaises s'élève-

[1] Toutefois une exception fut admise au profit de la Prusse qui n'avait pas une population en rapport avec l'étendue de ses côtes et l'importance des taxes qu'elle prélevait; on l'autorisa à lever sur les recettes de l'union un préciput.

Digitized by Google

raient, mais à deux cents lieues de la côte, les manufactures allemandes; notre marché y gagnerait une plus grande puissance d'achat. Les manufacturiers allemands n'iraient plus prendre leurs matières premières en Angleterre ou dans les ports belges ou hollandais de la mer du Nord; ils éviteraient les risques de la Manche, les surprimes d'assurance, les frais et déchets de transbordements. La marchandise débarquée à Marseille ou à Brest traverserait la France sur nos wagons; elle arriverait sans retard et sans bris jusqu'aux portes des usines d'outre-Rhin. Cette extension du Zollverein profiterait à notre marine, à nos chemins de fer, à nos manufactures. La répartition des recettes pourrait encore se faire sur la base des populations qui sont aujourd'hui sensiblement égales. Une grande puissance commerciale serait fondée dans l'Europe occidentale, qui tiendrait tête aux entrepôts anglais. La combinaison que je décris reproduirait dans un but de paix, non dans un but de guerre, le système continental conçu par Napoléon Ier. Pour gagner le commerce d'entrepôt, la France est mieux placée que l'Angleterre. La France touche à deux mers. Par ses lignes de fer elle plonge jusqu'en Italie, en Hongrie, en Russie. Sachons tirer parti de notre merveilleuse position topographique.

39. — III. — *Pour fournir à notre marine un fret de sortie, il faut ouvrir à nos produits des débouchés extérieurs; il faut surtout permettre à nos agents consulaires de faire pour nos compatriotes le courtage des marchandises et du fret.*

La nature ne nous a donné qu'un fret de sortie insuffisant; eh bien ! complétons-le. Comme l'Angleterre développons nos manufactures et notre commerce extérieur.

Le développement de nos manufactures serait favorisé si nous pouvions établir en France le marché de matières premières ; nous les obtiendrions à plus bas prix.

Le Zollverein franco-allemand, en dirigeant sur nos ports les produits communs des fabriques allemandes qui se combineraient heureusement avec les produits plus élégants et plus artistiques de la France, nous permettrait de grossir et de varier nos cargaisons, ce qui en faciliterait le placement au loin.

40. Ce qui entrave notre commerce extérieur, c'est principalement l'absence d'une représentation commerciale sérieuse

Digitized by Google

de la France à l'étranger. Nous n'avons pas sur les places lointaines, ou du moins nous avons peu de correspondants qui se chargent d'écouler pour nos négociants nos marchandises ou de préparer pour nos capitaines des frets; il en résulte que nos négociants doivent pour vendre leurs produits se servir des Anglais comme commissionnaires, et que nos capitaines traînent dans les ports étrangers, y quêtant des frets de retour qu'ils n'obtiennent qu'après de longues et onéreuses stations.

Serait-il possible d'installer sur les places étrangères des représentants actifs, intelligents du commerce français? L'inertie de nos négociants est grande malheureusement. Il y a quelques années, dans une circulaire pressante, M. Béhic invitait les manufacturiers de Lyon, qui font une énorme consommation de soie, à établir en Chine et au Japon des agents collectifs qui achèteraient pour eux de première main les soies du pays. Les soies étaient en effet achetées sur les lieux par des Anglais qui les revendaient en Europe aux Français. Avant l'organisation des paquebots français dans ces lointains parages, la soie portée de Chine ou du Japon sur les steamers anglais arrivait par Suez à Marseille, transitait par les voies rapides à travers toute la France jusqu'à Londres, pour revenir ensuite de Londres sur Lyon. Quand pour un achat de matières premières qui se chiffre par plusieurs dizaines de millions et qui alimente d'une façon régulière ses manufactures la ville de Lyon manque de correspondants sur les lieux de production, qu'on juge combien imparfaite doit être la représentation des fabriques de second ou troisième ordre qui n'ont pas toujours à placer de fortes masses de marchandises!

41. Eh bien! il est une institution dont nous pourrions tirer parti en cette occurrence, c'est l'institution des consulats. Nos consuls s'occupent en général d'une façon assez molle des affaires commerciales. Ils sont trop souvent pris d'ailleurs parmi les jeunes gens de famille, porteurs de grands noms, ruinés, qui vivent de leur traitement dans une sinécure honorée et dorée. Cette organisation est vicieuse à tout point de vue. Il y a longtemps que le négoce s'en plaint.

On a pour remédier à ce mal proposé bien des fois de permettre à nos consuls de faire le commerce pour leur compte; ils connaîtraient mieux les affaires commerciales s'ils les maniaient eux-mêmes; et ils seraient dès lors pour leurs compa-

Digitized by Google

triotes de meilleurs guides. Cette proposition a toujours été repoussée. Les consuls s'engageant pour leur compte pourraient tomber en faillite; or cette faillite discréditerait le gouvernement dont les consuls sont les agents. De plus les consuls travaillant pour leur compte ne verraient plus dans leurs compatriotes que des concurrents. Donneraient-ils toujours avec impartialité les renseignements dont les commerçants ont besoin? ne négligeraient-ils pas trop les affaires publiques pour les affaires privées?

Je suggère un autre moyen de trancher la difficulté. Autorisez nos consuls à faire pour leurs compatriotes le courtage des marchandises et du fret. Comme courtiers, ils placeraient les marchandises de nos exportateurs; comme courtiers, ils chercheraient des frets pour nos capitaines. Dans ce système, le consul ne s'engage plus lui-même, et dès lors n'est plus passible de la faillite; en s'occupant de courtage, il s'occuperait en réalité des intérêts français, puisque toutes ses opérations profitent soit à nos exportateurs, soit à nos armateurs. L'État paye aujourd'hui 3 millions à nos consuls; ce serait leur traitement fixe. Un traitement éventuel leur viendrait par les droits de courtage. Je crois même que le syndicat de la marine française ferait un placement habile d'une fraction de ses fonds en primant les consuls d'élite, qui auraient par leur activité créé ou considérablement élargi les rapports directs de la France avec l'étranger.

Si cette réforme était admise, le recrutement des consuls devrait s'opérer dans d'autres conditions. Je pense qu'une partie des postes consulaires devrait être réservée aux négociants exportateurs et aux capitaines marchands les plus distingués. Ceux-là connaîtraient mieux les affaires maritimes.

S'il paraissait pourtant trop difficile d'autoriser nos consuls à faire le courtage, parce que peut-être le ministère des affaires étrangères estimerait que pour des agents quasi-diplomatiques toucher aux affaires du commerce c'est déroger[1], il serait possible de conférer l'attribution nouvelle au chancelier du consulat. Le chancelier sert déjà de notaire, de greffier; il aurait une fonction de plus, la fonction de courtier. Le chancelier vaudrait mieux que le consul d'ailleurs; il reste en gé-

[1] Les consulats devraient relever du ministère du commerce.

Digitized by Google

néral plus longtemps sur les lieux ; il connaît mieux les ressources du pays ; il rendrait plus de services pratiques que son chef.

Les rapports directs se rétablissant entre la France et les places lointaines, la grande et longue navigation renaîtrait pour nous, impliquant l'emploi des forts tonnages ; nous ne serions plus réduits à faire le camionnage d'Angleterre en France.

42. — IV. — *Il faut reconstituer et améliorer notre personnel naval.*

La marine marchande a besoin de matelots et d'officiers.

Je m'occupe d'abord des matelots.

Le matelot joue toute sa vie avec les périls de la mer. Par le fait de l'inscription maritime il subit une véritable aggravation de service militaire. Est-il possible d'atténuer ces risques spéciaux de la profession ?

Que le marin succombe dans un naufrage, il laisse sans ressources sa famille. Sans doute la loi admet en faveur des veuves et des enfants la réversibilité partielle des pensions ; mais il faut que les pensions de retraite soient acquises ; or si le décès se produit avant le temps, quelle situation douloureuse pour la famille ! Les compagnies d'assurances sur la vie ne se sont pas souciées de couvrir ces risques exceptionnels qui auraient exigé des primes relativement très-élevées. Le ministre de la marine, dans le dernier exposé de la situation de l'Empire[1], nous apprend qu'une compagnie d'assurances contre les accidents a préparé une police spéciale pour les marins. En cas d'accident entraînant une incapacité de travail, les assurés toucheraient une pension viagère ; en cas d'accident suivi de mort, une indemnité serait payée à la famille. Je ne puis qu'approuver cette sage combinaison ; mais je crois que le syndicat devrait et pourrait faire l'assurance libérale des marins français, afin d'entretenir sous notre pavillon un personnel nombreux et dévoué.

43. Mais la charge la plus dure pour le matelot, c'est l'inscription maritime.

Je ne puis dans une préface[2] m'attacher qu'aux idées gé-

[1] Novembre 1867.

[2] Je rappelle que ce travail est la préface d'un traité de Droit maritime

Digitized by Google

nérales. On a dit qu'en France il suffisait de frapper la terre du pied pour en faire jaillir des soldats; mais les marins ne s'improvisent pas; et cela s'explique, car le marin doit être à la fois soldat et manœuvrier. Aussi depuis bien longtemps, pour assurer le service des flottes de guerre, a-t-on déclaré que tous ceux qui naviguaient devaient rester à la disposition de l'État jusqu'à cinquante ans[1]. L'État peut lever plusieurs fois les mêmes hommes; il les renvoie dès qu'il n'en a plus besoin; la marine marchande est la pépinière et la réserve de la marine de guerre.

Ce régime si lourd de l'inscription maritime a été critiqué. On a dit qu'il lésait à la fois les intérêts de l'État, des armateurs et des matelots. La sévérité de l'inscription maritime dégoûte de la profession de marin la population de nos côtes. Les opérations des armateurs sont à chaque instant troublées, rompues par les réquisitions subites du gouvernement qui disloque les équipages marchands. Les marins se plaignent que l'armée de terre et l'armée de mer se forment par des procédés différents; l'armée de terre se constitue par le recrutement qui laisse du moins quelques bons numéros; l'armée de mer se constitue surtout par la levée générale qui jusqu'à cinquante ans n'épargne personne.

En dépit de ces griefs l'inscription maritime, reposant sur l'immatriculation générale de tous ceux qui naviguent, a pourtant été maintenue. En temps de guerre, le recrutement ne fournirait pas un personnel suffisant pour nos flottes. Le droit de réquisition subite a quelque chose d'excessif; on peut le tempérer en donnant aux matelots et aux armateurs certaines garanties de forme; c'est ainsi que dans ces dernières années l'homme qui a fait six ans ne peut plus être levé par simple arrêté ministériel, mais par décret impérial. Le régime de l'inscription n'a pas que des rigueurs pour le matelot; le matelot par l'exercice de sa profession gagne une pension de retraite, et ses services dans la marine marchande entrent en ligne de compte dans le calcul de cette retraite.

Depuis la loi du 1er février 1868 qui réorganise nos forces de terre, il me semble que la question de l'inscription maritime a pris un nouvel aspect. Je ne vois plus pourquoi des

[1] Au début le service était dû jusqu'à soixante ans.

Digitized by Google

principes différents présideraient à la constitution de nos forces de terre et de mer.

Désormais en effet nos forces de terre se composeront d'un double élément : l'armée active sera formée par le recrutement, le tirage au sort déterminera ceux qui pendant neuf ans seront appelés sous le drapeau; la garde nationale mobile englobera dans une levée générale tous les jeunes gens de vingt et un à vingt-six ans qui ne serviront pas dans l'armée active; je retrouve dans la garde mobile une véritable inscription terrestre. Le garde mobile ne sera requis qu'en temps de guerre; il ne franchira pas la frontière; il devra à l'État cinq ans d'un service spécial et éventuel.

Pourquoi ne pas procéder de même pour nos forces de mer? Formez la flotte active par le recrutement; prenez votre contingent dans les départements maritimes; réclamez-lui neuf ans de service. Puis gardez le personnel de l'inscription maritime pour en faire une garde mobile maritime. La levée générale constituerait ainsi la garde mobile de terre et de mer. Seulement je voudrais que le personnel de l'inscription ne tirât pas au sort; la faveur serait grande, j'en conviens; mais remarquez que par compensation en temps de guerre le garde mobile maritime serait forcé de servir partout; et surtout ce n'est pas cinq ans de sa vie qu'il devrait à l'État, mais dix-neuf ans, de vingt et un à quarante[1]. En temps de paix le personnel de l'inscription passerait seulement un ou deux ans sur les flottes de l'État pour y apprendre le maniement des armes; il apprendrait mieux son métier de manœuvrier sur les navires du commerce; et cet élément de l'inscription, restant un ou deux ans sur les navires de l'État, joint au contingent fourni par la conscription, procurerait, sauf le cas de guerre, des équipages suffisants à la flotte[2].

[1] A quarante ans on devrait libérer le marin. En fait on ne le lève plus au-dessus de cet âge. Pourquoi faire paraître la loi de l'inscription plus dure encore qu'elle ne l'est?

[2] Dans une discussion récente un des hommes, qui honorent le plus notre Bretagne, M. Dupuy de Lôme déclarait qu'à la rigueur en temps de paix le recrutement, joint aux engagements volontaires, pouvait fournir aux équipages de la flotte les 40,000 hommes qu'ils absorbent; et quand je reprendrai dans mon ouvrage la question du personnel naval je reproduirai ses chiffres, parce que ces chiffres sont toute une preuve. Mais en temps de guerre, ajoutait-il, il nous faut d'autres ressources. Je ne les lui refuse certes pas,

Digitized by Google

Le système que je présente aurait des résultats immédiats. En temps de paix il multiplierait le nombre des matelots, car il allége leurs charges actuelles; il ne troublerait plus les opérations des armateurs. En temps de guerre le gouvernement trouverait des réserves plus nombreuses; et le garde mobile maritime souffrirait moins alors d'être requis que le garde mobile de terre, parce qu'au premier coup de canon la marine marchande ne peut plus travailler d'une façon normale. La combinaison que j'indique fortifierait donc nos flottes et ménagerait le commerce.

44. Mais la marine marchande française n'a pas besoin seulement de matelots; il lui faut un état-major, des capitaines au long cours, des maîtres au cabotage.

Aujourd'hui quelle est la situation des officiers? On exige d'eux une aptitude théorique et pratique qu'attestent des diplômes obtenus après examen. Mais la préparation des candidats est insuffisante. Quelques professeurs isolés d'hydrographie ne fournissent pas un enseignement complet.

Mais le jeune capitaine est muni de son diplôme; va-t-il obtenir un commandement? Non, s'il ne peut s'intéresser pécuniairement dans le navire qu'il convoite. Le commerce d'armements manque à ce point de capitaux en France qu'il est obligé d'en réclamer des capitaines qu'il emploie. Il est vrai que l'on justifie un tel usage par cet aperçu que le capitaine, copropriétaire du navire, soignera mieux les opérations de la campagne. Cette habitude de n'accorder des commandements qu'aux capitaines qui participent aux frais de l'armement est fâcheuse. Le capitaine qui a pu s'intéresser dans le navire a en quelque sorte payé son titre; il en devient d'autant plus indépendant vis-à-vis de l'armateur qui n'est plus le maître. Vis-à-vis des assureurs la situation est autrement périlleuse; il est d'expérience que les navires commandés par des capitaines copropriétaires sont ceux qui périssent le plus souvent

car je crois que la France doit non-seulement maintenir, mais développer sa marine militaire. Seulement, dans l'intérêt de l'inscription maritime elle-même, je demande que le personnel de l'inscription devienne franchement une garde mobile maritime, afin d'organiser d'après une législation presque identique nos forces de mer et nos forces de terre. En rapprochant du droit commun dans la mesure du possible l'inscription maritime, nous ne la compromettrons pas, nous la sauvegarderons.

Digitized by Google

et qui coûtent le plus d'avaries. Que la campagne commerciale n'ait pas réussi en effet, et le capitaine copropriétaire est assailli par cette pensée fatale, qui ne reste pas toujours dans le domaine des idées, liquider la campagne par un sinistre frauduleux qui à la place d'un navire fatigué et manquant de fret lui rendra une indemnité métallique. Cette coutume de vendre les commandements décourage les jeunes gens qui ont l'intelligence à défaut de fortune. C'est par exception que ceux-ci percent. Dans la marine marchande on peut dire que les grades s'achètent; eh bien! c'est un système détestable, qui tue l'émulation, parce qu'il favorise les écus au détriment de la valeur personnelle. Une des causes morales de la supériorité de notre armée, c'est précisément le droit qu'a le soldat par sa bravoure de gagner l'épaulette. Ce principe libéral doit pénétrer dans la marine marchande comme partout.

45. Quelles réformes faut-il adopter pour améliorer le personnel supérieur de notre marine?

Il faut avant tout créer des écoles navales civiles qui soient à la marine marchande ce qu'est le Borda à la marine militaire. Si nous voulons que nos industries progressent, établissons des écoles professionnelles qui nous fassent des hommes et soient des foyers. Nous avons l'École des mines, l'École des ponts et chaussées, l'École centrale des arts et manufactures; pourquoi n'aurions-nous pas une École navale qui instruirait nos capitaines marchands? Les professeurs actuels d'hydrographie seraient le noyau de l'institution. Mais il la faut élever sur des bases larges. L'État et le syndicat supporteraient les frais d'une création qui doit contribuer au progrès des armements; ils y entretiendraient des boursiers[1].

L'abus de l'achat des commandements, cette autre plaie de notre organisation maritime, disparaîtrait avec ses embarras et ses conséquences regrettables, si nous fondions une banque maritime qui procurât à nos armateurs des capitaux. Les armateurs choisiraient alors les meilleurs capitaines sans s'inquiéter de leur fortune. Les premiers sortis de l'École navale civile seraient recherchés comme les plus dignes. La jeunesse

[1] L'Italie possède en Sicile, à Palerme, une école navale civile justement renommée. Non-seulement les élèves y travaillent la théorie, mais dans le cours de leurs études ils font sur un bâtiment spécial, accompagnés de leurs professeurs, un voyage d'instruction.

Digitized by Google

s'engagerait dans une carrière qui lui offrirait de libres perspectives. Pour assurer le zèle des capitaines, il suffirait qu'ils restassent révocables, et que l'armateur les intéressât dans les bénéfices réalisés de l'armement.

46. — V. — *Pour fournir des capitaux à nos armateurs, il faut instituer une banque maritime.*

Notre marine manque d'argent; elle manque d'argent parce qu'elle n'a pas de crédit.

Non-seulement l'armateur qui conçoit une entreprise ne trouve pas de capitaux, mais l'armateur qui a un matériel existant, payé de ses deniers, n'en trouve pas sur la foi de ce matériel. Les capitaux engagés dans l'industrie navale sont donc immobilisés. C'est une situation malheureuse; car l'argent est pour toutes les industries une condition de puissance et de progrès.

47. Quelles sont les causes de cette absence de crédit maritime? Il y en a des causes générales, il y en a des causes particulières au commerce d'armements.

L'organisation du crédit et des banques est défectueuse en France; elle est défectueuse, parce qu'elle est incomplète. En 1852 après les événements de décembre le gouvernement résolut de pousser le pays dans les voies économiques. Le commerce du capital fut encouragé; il fut laissé à ses libres allures. De grandes choses furent faites; qu'il me suffise de citer nos chemins de fer; mais de grands abus furent commis. L'épargne des masses fut gaspillée par des spéculateurs audacieux. Les moralistes s'émurent et provoquèrent la réaction législative de 1856. On essaya d'enrayer l'esprit d'entreprise; on entrava la formation des sociétés par actions; on gêna le recrutement des capitaux; on édicta des peines correctionnelles contre les gérants, des peines correctionnelles contre les membres du conseil de surveillance; sous prétexte de moraliser les affaires on les rendit difficiles. Qu'a produit cette réaction? Deux résultats déplorables : l'argent du public a passé la frontière et s'est perdu dans des placements étrangers; nos industries indigènes n'ont plus trouvé de capitaux. Au lieu de ces lois exagérées, maladroites de 1856, qui avaient le tort de déclarer suspects tous les organisateurs d'affaires, que fallait-il résoudre dans l'intérêt des petits capitaux, dans l'in-

Digitized by Google

térêt des industries françaises? Il fallait d'une main vigoureuse créer des banques honnêtes, intelligentes, drainant l'épargne des masses au profit de nos industries nationales. Il fallait moins songer aux lois pénales et s'inquiéter davantage d'institutions financières sérieuses, qui auraient été pour les capitaux des refuges et pour nos négociants des auxiliaires. Il fallait en un mot susciter une concurrence énergique aux spéculateurs véreux; il fallait élever une banque agricole chargée de ramasser les capitaux pour nos agriculteurs, une banque maritime chargée de ramasser les capitaux pour nos armateurs, etc. En fait de banque, qu'avons-nous? la banque de France qui escompte du papier à soixante ou quatre-vingt-dix jours, c'est-à-dire qui aide le commerçant en marchandises et soutient des opérations à très-court terme. Mais les opérations de l'industrie proprement dite, qui emploient des capitaux à long terme, quelle banque les favorise? aucune. Je ne puis du moins citer que le Crédit foncier qui facilite la construction des maisons. Eh bien! cette organisation incomplète des banques de notre pays, qui subsiste encore avec tous ses défauts, est une des causes qui expliquent l'absence de crédit maritime en France. Notre industrie navale manque de crédit, parce que d'une façon générale toutes nos industries en manquent.

48. Mais si le crédit maritime n'existe pas pour nous, il en est des raisons particulières au commerce d'armements.

Nos armateurs, à la différence des assureurs, ne gagnent pas d'argent; il n'ont pas de fret. Comment une industrie souffrante pourrait-elle obtenir du crédit?

Les armateurs en outre n'offrent pas aux capitalistes de suffisantes garanties de remboursement. Ceci m'oblige à rappeler quelques principes de droit maritime actuel.

49. Quand un armateur fait par les soins de son capitaine un emprunt maritime, plus généralement un contrat maritime quelconque, il engage son navire et le fret, c'est-à-dire sa fortune de mer, sa fortune flottante, mais il n'engage pas sa fortune de terre. Il limite donc sa responsabilité et peut se libérer vis-à-vis du créancier par l'abandon de sa fortune de mer (art. 216 C. com.). Si un sinistre survient, l'armateur n'a rien à payer; il abandonne son navire qui est au fond de l'eau; il n'est même pas tenu d'abandonner l'indemnité à

Digitized by Google

laquelle il a droit vis-à-vis de la compagnie d'assurances. Cette assurance, dit-on, lui reste personnelle; il a payé les primes de sa poche; il en garde pour lui le bénéfice. L'armateur français par conséquent, abrité derrière l'article 216, n'offrant qu'une sécurité imparfaite aux prêteurs, ne doit obtenir que péniblement crédit, et c'est ce qui arrive.

Cet article 216 doit-il être maintenu depuis la loi de 1866 qui admet dans nos ports la libre concurrence du pavillon étranger? Je crois savoir que la question d'abrogation de l'article 216 n'a pas été posée dans le sein de la commission chargée de reviser le Code maritime. Je déclare pourtant qu'à mon sens l'abrogation de l'article 216 est la conséquence de la loi du 19 mai 1866. Je pouvais à la rigueur concevoir l'article 216, restreignant la responsabilité de nos armateurs, quand nos armateurs s'imposaient comme transporteurs aux chargeurs, aux chargeurs coloniaux par la prohibition de toute concurrence, aux chargeurs étrangers par le système des surtaxes qui entravait la concurrence des autres pavillons. Mais aujourd'hui, depuis la loi de 1866, les chargeurs des colonies, les chargeurs de l'étranger peuvent choisir librement pour le transport de leurs cargaisons le pavillon qui leur offre le plus de garanties. Comment dès lors ne préféreraient-ils pas l'armateur anglais par exemple à l'armateur français, puisque l'un par les contrats de son capitaine s'oblige purement et simplement, tandis que l'autre se réserve de mutiler sa responsabilité par l'article 216? La réforme économique contenue dans la loi de 1866 doit avoir son contrecoup dans l'article 216. Nos armateurs sont désormais soumis à un régime de concurrence internationale; la situation est changée. Si nos armateurs ont le sentiment élevé de leur intérêt, s'ils tiennent même à trouver des frets, qu'ils répudient d'eux-mêmes la protection meurtrière de l'article 216. Si le sacrifice leur paraît trop considérable, qu'ils abandonnent tout au moins à leurs créanciers, à défaut du navire sinistré, leur police d'assurance; qu'ils demandent que la loi, subrogeant l'indemnité au navire, considère cette indemnité comme un débris, comme une transformation de la fortune flottante[1]. Si les armateurs ne veulent pas renoncer à l'article 216, s'ils ne

[1] La loi belge admet que l'hypothèque grevant la maison affecte en même temps l'indemnité qu'en cas de sinistre la compagnie d'assurance payera.

Digitized by Google

veulent pas même abandonner la police d'assurance, qu'ils ne se plaignent plus de manquer de crédit, car il est de bon sens qu'un débiteur n'obtient confiance du capitaliste qu'en proportion des garanties qu'il donne [1].

50. Je suppose maintenant qu'un navire français a subi des avaries, il est entré dans un port étranger. Le capitaine a besoin d'argent pour réparer; il s'abouche avec les capitalistes de la place, leur demandant de lui faire un prêt pur et simple; il leur offre des traites sur son armateur. Mais l'armateur est le plus souvent inconnu sur cette place lointaine, et devant la menace éventuelle de l'article 216 toutes les caisses se ferment. Que doit faire alors le capitaine? Il subit cette opération ruineuse, cette opération désespérée qu'on appelle un emprunt à la grosse aventure. Il promet un profit de 30, 40, 50 p. 100, qu'il faudra payer si le navire arrive à bon port. Le capital qui devrait coûter 6 ou 8 p. 100 à l'armateur lui reviendra en cas d'heureuse arrivée à des taux fabuleux, puisque le profit de 30, 40, 50 p. 100 sera gagné en quelques mois. Je ne blâme pas le capitaliste d'exiger un profit élevé. Courant de gros risques, il est juste qu'il stipule une grosse prime; mais je déplore que l'armateur français ne puisse faire une opération de crédit normal, et soit réduit aux expédients scandaleux du prêt à la grosse. Les bases du prêt à la grosse sont à réformer; il faut surtout qu'en pratique on n'en fasse plus.

51. Un armateur possède un navire qu'il a payé deux ou trois cent mille francs. Il a besoin de capitaux; il en trouverait peut-être s'il pouvait engager ou hypothéquer son matériel, parce qu'alors le capitaliste, acquérant droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers de l'armateur, serait plus facile et plus confiant. Mais le gage suppose le dessaisissement du débiteur, or l'armateur ne peut se dessaisir de son instrument de travail. L'hypothèque d'autre part n'est possible dans notre droit que sur immeuble; et le navire, bien qu'il re-

[1] La question d'abrogation de l'article 216 sera reprise dans e Traité, car je l'estime capitale. Mais dès maintenant je puis indiquer aux armateurs, que ma proposition pourrait émouvoir, qu'ils peuvent dans une certaine mesure sauvegarder leur fortune de terre en se constituant en sociétés anonymes d'armements. Le pacte social limiterait leur responsabilité; mais du moins notre Code ne contiendrait plus un article 216 qui semble fait véritablement pour discréditer notre pavillon et pour effrayer les chargeurs.

Digitized by Google

présente une valeur considérable, qu'il aît un nom, un domicile légal, bien qu'il soit susceptible d'un droit de suite, est qualifié meuble par le Code!

L'armateur, désireux de fournir à son créancier des sûretés réelles, doit recourir à des opérations simulées, toujours dangereuses, qui prouvent l'insuffisance de la loi actuelle.

52. Si donc nous voulons constituer chez nous le crédit maritime, j'estime qu'il faut rendre plus sérieuse la responsabilité trop étroite de l'article 216, restreindre le prêt à la grosse, permettre l'hypothèque du navire.

En modifiant ces trois points, nous rendrons possible le crédit maritime; mais comme il faut que ces opérations de crédit ne soient pas des accidents, qu'elles deviennent au contraire fréquentes, continues, je crois essentiel de créer une banque spéciale qui les manierait professionnellement. Je dois définir la banque que je réclame. Quelles seraient ses attributions, quelles seraient ses ressources?

53. **Attributions.** — La banque fournirait des capitaux aux armateurs et aux négociants qui font le commerce extérieur.

La banque ferait aux armateurs des prêts remboursables en dix, douze, quinze annuités. Pour garantir l'intérêt et l'amortissement, elle prendrait hypothèque sur le navire des emprunteurs. Elle opérerait comme le Crédit foncier[1]. Pour diminuer ses risques et abaisser d'autant plus le taux de ses prêts, elle exigerait soit que l'armateur engageât sa fortune de terre, soit tout au moins qu'il engageât, comme valeur éventuellement subrogée au navire, la police d'assurance.

La banque ouvrirait à l'armateur qui expédie un navire un crédit de 100,000 francs par exemple. En couverture elle exigerait encore l'hypothèque du navire et l'engagement accessoire de la police; puis elle remettrait au capitaine des lettres de crédit, l'autorisant à tirer sur elle jusqu'à concurrence de la somme indiquée. Admettons maintenant que dans un port éloigné le capitaine ait besoin d'argent pour réparer

[1] La création d'une banque maritime spéciale serait inutile, si d'une part la banque de France, qui est vraiment une banque de commerce, pratiquait ouvertement et libéralement les avances à court terme sur marchandises, si d'autre part le Crédit foncier, qui devrait être la banque de l'industrie, la banque des opérations à long terme pratiquait le prêt hypothécaire naval amortissable par annuités.

Digitized by Google

son bâtiment ou pour acheter des vivres. Autrefois il ne pouvait trouver de capitaux, parce que les capitalistes ne connaissaient pas toujours son armateur et qu'en tout cas la responsabilité équivoque de l'article 216 leur paraissait insuffisante; le capitaine devait subir l'emprunt à la grosse avec ses charges scandaleuses. Aujourd'hui notre capitaine, quand il présentera la lettre de crédit qu'il porte, émanée d'une institution puissante, honorée, connue partout, qui s'oblige jusqu'à concurrence du chiffre indiqué, sera dans une tout autre situation; il trouvera des capitaux au taux ordinaire du commerce à 6 ou 8 p. 100. Les traites du capitaine, créées en vertu de la lettre de crédit, seront prises comme des valeurs fermes; et pour empêcher les abus le consul français, correspondant du syndicat et de la banque maritime, surveillerait les négociations et viserait la lettre de crédit, y mentionnant soit l'usage partiel, soit l'usage intégral qui en aurait été fait. Avec la lettre circulaire de crédit, souscrite par une banque maritime, jouissant d'une grande et honorable notoriété, je dis que le prêt à la grosse ne se pratiquera plus.

D'autre part la banque aiderait le négociant importateur, en lui faisant des avances sur les marchandises ou sur les matières premières consignées dans les docks. Elle entreprendrait l'escompte régulier des warrants. Il faut que la France gagne le commerce d'entrepôt.

La banque maritime enfin étudierait la question de savoir, si elle ne peut comme certaines institutions anglaises escompter les longs crédits de douze, quinze, dix-huit mois, que les négociants exportateurs, pour presser l'écoulement de leurs cargaisons à l'étranger, sont souvent obligés de consentir à leurs acheteurs. Pour diminuer les risques, la banque ne travaillerait qu'avec les négociants, membres du syndicat français et agréés par un comité spécial d'escompte.

54. **Ressources.** — Quels capitaux la banque aurait-elle en maniement?

Les compagnies d'assurance maritime, en admettant qu'elles abandonnent cette branche d'opérations, se feraient le noyau de la banque. Elles constitueraient partie du capital social, qui fonctionnerait comme capital de garantie. Peut-être cet emploi nouveau ne leur présenterait-il plus des résultats aussi plantureux, aussi certains que les assurances actuelles. Mais

Digitized by Google

les compagnies sont intéressées à ce que la marine se développe et ne meure pas sous elles; elles seraient payées de leur intervention par les commissions qu'elle toucheraient.

La banque, pour faire face aux opérations qu'elle devrait conduire, émettrait du papier à échéance variée, remboursable à plus ou moins long terme, suivant qu'il s'agirait d'alimenter son service de prêt hypothécaire naval ou son service d'escompte des warrants.

La banque recevrait, s'il y a lieu, du syndicat de la marine française une subvention annuelle, qui pourrait atteindre plusieurs millions[1]. Cette subvention serait destinée à combler les pertes que la banque aurait éprouvées dans ses opérations diverses avec les armateurs et négociants, membres du syndicat.

Une banque, appuyée sur de telles réserves, serait bientôt un établissement financier de premier ordre. Elle fournirait une base solide à la fortune maritime de la France.

. . . . . .

55. J'ai défini les mesures qui, complétant la loi du 19 mai 1866, procureraient à nos armateurs les capitaux, les bras, le fret dont ils ont besoin.

Je ne prétends pas que mes conclusions soient indiscutables; que ceux-là qui connaissent de meilleures combinaisons les proposent; mais ce qui est essentiel, ce qui est urgent pour que notre marine se relève et grandisse, c'est que, secouant notre apathie, nous entreprenions enfin courageusement la réforme de nos institutions maritimes.

Pour tenter la réalisation totale ou partielle du plan que j'ai tracé ou de tout autre, faut-il s'en rapporter à l'initiative privée? faut-il au contraire solliciter la collaboration de l'État et l'active impulsion du ministre du commerce?

Depuis quelque temps le gouvernement prend goût à l'abstention. Les économistes lui ont tant prêché que son intervention

[1] Le syndicat aurait un actif net de 30 millions, dont il pourrait faire chaque année l'emploi suivant : subvention aux agents consulaires qui auraient ouvert des débouchés à notre commerce, 3 millions; assurance du personnel naval, 6 millions; primes aux capitaines qui auraient fait le moins d'avaries, 3 millions; subvention aux écoles navales civiles, 2 millions; subvention à la banque maritime, 6 millions; réserve, 10 millions, qui permettrait la réversibilité d'une portion des bénéfices du syndicat aux assurés.

Digitized by Google

dans les matières industrielles était une violation des principes; les négociants et armateurs trop tôt découragés se sont montrés si tièdes dans la recherche des débouchés extérieurs, que le gouvernement s'est mis à l'aise et qu'il semble aujourd'hui réclamer comme une attribution régalienne le droit à l'inertie.

Cette doctrine du pouvoir, professée et pratiquée en 1868, serait dangereuse. Nous ne sommes pas encore parvenus à l'heure où l'État peut s'effacer sans péril pour la chose publique. L'insouciance des individus, loin d'exonérer le gouvernement, lui crée des devoirs plus impérieux. Devant le Corps législatif, devant le Sénat, je comprends que le gouvernement, attaqué par des industriels qui souffrent et qui blâment les traités de 1860 et la loi de 1866, s'arme contre eux de leur propre incurie; et même à ce point de vue combien le gouvernement serait plus fort, pour défendre et sauver ces traités et cette loi qui ne doivent pas être abandonnés mais complétés, s'il pouvait à l'incurie des particuliers opposer, comme preuves de sa sollicitude et de son intelligence commerciale, nos banques réorganisées, le Zollverein élargi, la représentation de nos producteurs partout assurée, l'éducation professionnelle généralisée, etc.! Mais cette question des responsabilités encourues par les négociants ou par nos ministres, capitale pour les personnes, n'est que secondaire pour le pays. Que ce soit la faute des premiers, que ce soit la faute des seconds, toujours est-il qu'un fait douloureux existe, que je constate et qui seul m'inquiète. Notre marine marchande végète; l'Angleterre gagne chaque jour du terrain. Pendant ce temps que deviennent les intérêts de la patrie?

J'ajourne donc pour ma part l'application des principes absolus. Je réclame sans hésiter, en vue d'un effort national, le concours énergique de l'État. Je n'appelle pas sa dictature, mais je souhaite sa collaboration. Il faut que notre marine prenne son essor. Gouvernement et pays, nous devons le vouloir d'une de ces volontés de fer qui brisent les obstacles et avancent les temps. Que notre jeunesse s'engage au plus tôt dans les voies du travail. Que nos fonctionnaires s'inspirent d'un esprit nouveau. Pourquoi n'instituerait-on pas près de nos ports, près de nos centres manufacturiers, cinq

Digitized by Google

ou six préfets commerciaux, rompus aux matières économiques, sachant provincialiser les affaires, grouper les hommes et les capitaux au profit des industries locales? Si nos ministres se vouaient tout entiers aux intérêts des classes laborieuses, non pour en disserter mais pour les satisfaire, ils pourraient braver les épigrammes des oisifs. La grandeur des actes venge les hommes d'État des critiques injustes.

Le gouvernement, qui le premier en France portera nos industries au niveau des industries anglaises, celui-là poussera ses racines au cœur du pays et vivra dans l'histoire.

JULES LEVEILLÉ.

DE LA CONTREBANDE DE GUERRE.

(HISTOIRE ET JURISPRUDENCE.)

Par Alexandre BASILY [1].

> Le droit des gens est fondé sur le principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien et dans la guerre *le moins de mal qu'il est possible* sans nuire à leurs véritables intérêts.
> (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, l. I, ch. III.)

La question que nous allons traiter rentre dans le domaine du droit de guerre maritime, et fait partie des droits et devoirs des nations neutres. Avant de l'aborder, il nous paraît nécessaire de jeter un coup d'œil rapide sur les principes mêmes du droit de guerre et sur leur application à la guerre maritime, soit entre les puissances belligérantes, soit à l'égard des neutres.

Le droit international européen est, sans contredit, le dernier mot de la science contemporaine du droit. Expression des sentiments et des besoins d'une civilisation avancée, il in-

[1] L'essai dont nous donnons une traduction française a été publié en langue russe dans les premières livraisons du *Recueil maritime* de Saint-Pétersbourg (*Morskoï Sbornik*) de 1866. Le Conseil académique de l'arrondissement universitaire de la Nouvelle-Russie avait déjà décerné la médaille d'or de l'année 1865 à cette remarquable étude du jeune savant admis à la même époque au ministère des affaires étrangères de Russie.

(*Note de la Direction.*)

Digitized by Google

dique tout au moins la voie à suivre pour en favoriser le développement. Au milieu même de toutes les calamités de la guerre, — de cette fatalité inhérente aux destinées de l'humanité, — le bien-être des populations trouve dans le droit international des garanties de conservation. Les hostilités mêmes en subissent les prescriptions, et l'état de guerre, qui résulte de la violation du droit, et qui substitue la force matérielle au droit, est réduit à reconnaître l'empire de certains principes de justice, à y subordonner l'action prépondérante de la force matérielle. La maxime fondamentale du droit international à l'égard de la guerre est *de ne pas causer à l'ennemi plus de mal que ne l'exige la nécessité d'atteindre le but de la guerre*[1].

Or ce but, d'après les principes généralement admis de nos jours, n'est point la destruction, l'asservissement, le mal de l'ennemi. La guerre n'est qu'un dernier moyen pour obtenir d'une puissance la satisfaction de la violation de nos droits, pour arrêter cette violation, si elle continue encore, ou enfin pour s'en garantir, si elle est imminente, — en un mot pour forcer l'ennemi à une concession, afin de rétablir la bonne intelligence entre les États; elle doit donc tendre à ramener et à affermir la paix entre eux[2].

Mais la guerre est par elle-même un moyen inique, et ne s'emploie que faute de pouvoir arriver au même but par des mesures moins vexatoires et moins violentes. Elle doit donc être circonscrite dans les limites du strict nécessaire. Or, pour réduire une puissance souveraine à une concession, il ne faut à la rigueur que paralyser temporairement ses moyens d'action. Par conséquent la guerre est considérée comme *une lutte entre les forces militaires de deux puissances*, et ces forces seules y sont engagées, nullement les nations mêmes.

Ce n'est pas comme citoyens que les soldats sont ennemis; ils ne le sont que comme instruments de la puissance belligérante[3]. Ce principe essentiel est relevé par les lois martiales

[1] Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, § 119.

[2] *Bellum pacis causa suscipitur*. Grotius, *De jure belli*, lib. I, c. I, § 1.

[3] Ce principe est adopté non-seulement par les théoriciens : il est sanctionné par l'autorité de plusieurs grands hommes d'État, par exemple, Portalis (V. son discours d'inauguration du conseil des prises, du 14 floréal an VIII de la République) et Talleyrand (V. sa lettre à l'empereur Napoléon Ier en date du 20 novembre 1806).

Digitized by Google

mêmes, qui défendent de faire du mal à un ennemi désarmé[1]. Dès lors la guerre et ses effets ne doivent point s'étendre aux citoyens, sujets paisibles des puissances belligérantes. Telle est la base de toute la théorie contemporaine du droit de la guerre. Trop souvent oubliée dans la pratique, celle-ci trouve cependant une application progressive dans le droit de tous les peuples civilisés — dans les traités aussi bien que dans les Codes. Il est incontestable que le christianisme a contribué plus que toute autre chose au développement de ces idées dans la législation, aussi bien que dans le sentiment des masses. Cependant la plus haute antiquité offre des exemples de leur application. Selon le témoignage de Xénophon, Cyrus, dans sa guerre avec le roi d'Assyrie, proposa à ce dernier « d'épargner réciproquement les laboureurs et de ne faire la guerre qu'aux gens armés, et sa proposition fut acceptée[2]. » Ce principe, inhérent à la conscience humaine, est généralement admis en théorie. Mais, ainsi que nous l'avons indiqué déjà, il n'a pas trouvé jusqu'à présent une pleine et entière application dans la pratique de la guerre.

Indépendamment de tous les maux qui sont infligés d'une manière indirecte par l'état de guerre à la population paisible, tels que les impôts et les conscriptions, elle voit aussi ses champs dévastés et ses villes détruites. Mais ce sont surtout les *guerres maritimes* qui ont conservé en grande partie l'antique prérogative du pillage de la propriété privée, et, qui plus est, ce ne sont pas seulement les nations belligérantes qui participent aux maux d'une guerre maritime : les neutres mêmes y sont exposés. Nous devons convenir que ce mal est inévitable, car il tient à l'essence même de la guerre maritime. Le développement du droit international, en rapport avec la civilisation contemporaine, pourrait cependant limiter les maux de la guerre par l'application progressive des principes inaugurés par la science. Mais il est à peine permis d'espérer qu'on arrive jamais à éliminer d'une manière absolue les souffrances infligées aux neutres eux-mêmes par l'état de guerre : à notre avis c'est une utopie aussi brillante et aussi noble que celle de la paix éternelle et de l'élimination de la force matérielle du domaine des procès internationaux.

[1] Vattel, *Droit des gens*, l. III, § 140.
[2] *Cyropédie*, l. V.

Digitized by Google

L'attribut constitutif de la *neutralité*, c'est la continuation des rapports pacifiques avec les deux nations belligérantes : les belligérants sont obligés de ne causer aucun préjudice aux neutres ; ceux-ci de leur côté doivent également s'abstenir de toute action nuisible aux intérêts des belligérants, et par conséquent de toute action favorable à l'un d'eux aux dépens des intérêts de son adversaire, de toute action qui servirait au développement des ressources militaires de l'un des belligérants dans sa lutte contre son ennemi. Il en résulte évidemment une situation nouvelle, qui impose des devoirs nouveaux, et c'est une erreur que de considérer la neutralité comme une pure et simple continuité de l'état antérieur à la guerre, par la raison que les neutres, ne participant point à la guerre, n'en ont point à subir les effets[1]. Loin de là, la situation nouvelle que nous venons de signaler, détermine certaines perturbations dans les rapports des neutres avec les belligérants, et une certaine ingérance de chacun des belligérants dans les rapports entre les nations neutres et son ennemi. Il s'agit d'examiner, au point de vue du droit international, ce degré d'ingérance, et les moyens d'action par lesquels le belligérant fait valoir le droit dont il se trouve investi par l'état de guerre à l'égard des neutres.

C'est à ce point de vue que nous aurons à examiner la question de la contrebande de guerre.

Nous avons déjà indiqué que les guerres maritimes ont conservé le caractère sauvage et barbare de la guerre d'autrefois. Ce fait tient d'abord à l'élément même sur lequel elle s'exerce. La terre ferme est partagée entre les différentes nations; il y a sur la terre ferme des autorités chargées de la protection des intérêts privés et de la répression de tout acte arbitraire. La mer est considérée, au point de vue du droit, comme un territoire commun à toutes les nations[2]; il ne peut donc pas y avoir d'autorité analogue. La fiction légale qui constitue le vaisseau une continuité du territoire de la puis-

[1] Parmi les auteurs qui ont émis cette opinion erronée, nous citerons Hübner, *De la saisie des bâtiments neutres*, part. II, ch. II, § 2; Asuni, *Droit maritime*, part. II, p. 53 et 69; Massé, *Droit commercial*, part. I, §§ 174 et 188.

[2] Ortolan, *Droit international et diplomatie de la mer*, part. I, ch. VII, p. 116-151; Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, § 74.

Digitized by Google

sance dont il porte le pavillon, ne peut pas trouver une application complète dans le domaine des choses pratiques. Une autre circonstance qui donne un caractère tout spécial à la guerre maritime, c'est que les équipages des navires marchands, comme les navires eux-mêmes, peuvent facilement devenir des instruments de guerre, et par conséquent chacun des belligérants a à redouter ceux de son ennemi. Enfin, une troisième cause qui entrave le développement rationnel du droit maritime, — c'est le défaut d'équilibre entre les moyens d'action respectifs des puissances maritimes et la tendance de celles qui ont la prépondérance sur mer à violer les lois de l'équité et les principes mêmes du droit international, en invoquant le droit spécieux de leur propre défense. Ces causes réunies ont contribué à rendre les guerres maritimes fatales pour le commerce international, qui est le grand moteur de la prospérité publique et de la civilisation.

Quelques publicistes ont voulu justifier les excès de la guerre maritime par la considération qu'une fois dépouillée de ses excès, la guerre deviendrait un mal facile à supporter, et par conséquent capable de se prolonger indéfiniment [1].

Ce raisonnement est foncièrement erroné; autrement la guerre continentale elle-même aurait dû conserver son caractère sauvage d'autrefois.

Les principes immuables du droit doivent en définitive prévaloir dans les sentiments des populations et dans l'opinion publique, et celle-ci à son tour exerce une grande influence sur les décisions des gouvernements eux-mêmes. C'est peut-être la voie la plus sûre pour arriver à une modification foncière des principes qui régissent aujourd'hui la guerre maritime, surtout à l'égard des droits des neutres, et pour modérer les tendances égoïstes de celles d'entre les puissances maritimes qui cherchent à faire prédominer leur intérêt privé dans les questions internationales. Beaucoup a été fait à cet égard, surtout dans le cours de ce siècle, mais il reste encore

[1] Cette opinion est énoncée entre autres par M. Ott. Dans ses commentaires à la traduction française de l'ouvrage de Klüber, *Das Europäische Völkerrecht*, il dit : « On a combattu d'ailleurs l'adoucissement des guerres maritimes par des raisons qui ne manquent pas de valeur. La continuation ininterrompue du commerce n'enlèverait-elle pas aux guerres leur caractère redoutable, et ne serait-ce pas un motif pour les rendre plus longues et plus fréquentes ? » Note *d*, au § 316 (p. 401).

Digitized by Google

beaucoup à faire. L'opinion publique, qu'on a appelée de nos jours une des grandes puissances dans le système politique de l'Europe, exerce de plein droit son initiative dans cette importante question.

Le droit de guerre maritime, qui détermine les rapports entre les belligérants, aussi bien qu'entre ceux-ci et les neutres, embrasse les différentes questions relatives au *blocus*, aux *prises*, à la *course*, au *pavillon* et à la *marchandise neutres*, à la *contrebande de guerre* et au *droit de visite*[1].

Toutes ces questions ont été élaborées dans les transactions internationales, mais les actes diplomatiques qui y ont trait ne sont pas toujours conformes aux principes du droit : c'est que les traités ont été souvent imposés par la prépondérance maritime de telle ou telle autre puissance, de l'Angleterre surtout, à des États plus faibles. Par conséquent la science du droit ne peut pas attribuer une grande valeur aux traités de cette catégorie. Le développement naturel d'un objet aussi important amènera nécessairement les puissances elles-mêmes qui sont le plus portées à faire prévaloir l'empire de la force maritime, à la nécessité de résoudre ces questions dans un code international universel de guerre maritime, fondé sur l'ensemble des déductions de ce grand principe que la mer est *un territoire commun à toutes les nations*. Nous ne croyons pas que ce triomphe du droit sur l'intérêt privé et sur la force matérielle soit imminent; nous disons seulement qu'il appartient à la science de préparer les voies à la réalisation de toute pensée noble. Des essais ont été périodiquement tentés dans ce sens; le plus remarquable en est sans contredit la neutralité armée, dont l'initiative appartient à Catherine II. De nos jours encore un grand progrès a été effectué dans le domaine du droit maritime positif. Ce progrès a été provoqué par la guerre d'Orient de 1854-56. Dès le commencement de cette guerre, la France et l'Angleterre accordèrent un délai de six semaines aux navires marchands russes pour sortir des ports français et anglais. Ces puissances déclarèrent en même temps qu'on ne saisirait sur les bâtiments neutres que la contrebande de guerre, et qu'on ne délivrerait point de lettres de marque pour autoriser les armements en course. Enfin, après la con-

[1] Nous n'insérons point ici la question de l'embargo, par la raison qu'au point du vue du droit, elle fait plutôt partie des représailles.

Digitized by Google

clusion de la paix, les grandes puissances reconnurent solennellement les principes fondamentaux du droit maritime contemporain. La déclaration du 16 avril acceptée successivement par la plupart des puissances porte : « 1° La course est et de« demeure abolie ; 2° le pavillon neutre couvre la marchandise « ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre ; 3° la « marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de « guerre, n'est pas saisissable sous pavillon ennemi ; 4° les « blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs, c'est-à« dire maintenus par une force suffisante pour interdire réel« lement l'accès du littoral ennemi. »

Ces principes qui, en d'autres termes, avaient fait l'objet de la Neutralité armée, et que l'Angleterre avait toujours repoussés, ont été acceptés par cette puissance avec une facilité qui a lieu de surprendre. Elle paraît regretter aujourd'hui cette adhésion qui lui enlève un des principaux éléments de sa suprématie maritime. Mais en 1856 elle espérait, en abolissant la course, enlever aux États-Unis d'Amérique, dont la force maritime commençait à l'inquiéter, la source principale de leur force sur mer, tout en conservant à sa marine militaire, qui n'aurait à craindre aucune concurrence, le droit de capturer les navires marchands.

La question des prises est définitivement résolue au point de vue théorique par l'opinion unanime de tous les auteurs qui ont traité du droit international maritime. « La justice « exige, comme le remarque très-bien M. Ott[1], qu'on respecte « aussi bien les bâtiments marchands des sujets ennemis et « les envois de marchandises qu'ils font sur mer, que les voi« tures de roulage ou les wagons de chemins de fer, qui trans« portent leurs produits par terre. »

Espérons que cette question ne tardera pas à recevoir la même solution dans la pratique. Le cabinet de Washington depuis quelques années déjà a pris l'initiative de cette proposition auprès des autres puissances, dans le sens de l'abolition du droit de prise. Dans sa réponse du 28 juillet 1856 à la déclaration du 16 avril, M. de Marcy, ministre des affaires étrangères des États-Unis, dit que son gouvernement « serait prêt

[1] V. sa note au § 316 de la traduction française de l'ouvrage de Klüber, *Das Europäische Völkerrecht.*

Digitized by Google

« à accorder son adhésion à la déclaration en question, s'il « était ajouté à l'énoncé de l'abolition de la course, que la « propriété privée des sujets ou concitoyens des nations bel- « ligérantes serait exempte de saisie sur mer de la part des « marines militaires respectives. »

Restent la question de la contrebande de guerre et celle du droit de visite qui s'y rattache. Cette dernière question n'est que secondaire, et sa solution relève de celle qui a trait au droit de prise et à la contrebande de guerre.

La contrebande de guerre offre un intérêt tout spécial au point de vue de la science du droit, la théorie elle-même ne l'ayant pas encore entièrement élucidée. La science du droit, comme nous le verrons plus bas, ne peut pas refuser à une puissance belligérante le droit de s'opposer à l'approvisionnement que fait son ennemi, d'une certaine catégorie de marchandises. Il s'agit donc de préciser ce droit, d'en élucider les sources, d'en fixer les limites. C'est un problème qui offre un intérêt spécial dans l'étude même du droit.

CHAPITRE Ier.

Définition de la contrebande de guerre. Principe de la prohibition de la contrebande de guerre. Esquisse historique des prescriptions du droit positif à ce sujet.

Du principe même de l'indépendance d'un État découle son droit de prohiber l'importation de tel ou tel autre produit étranger dans son territoire[1]. L'infraction de cette prohibition est passible des peines déterminées par la législation douanière de chaque état; c'est ordinairement la confiscation de la marchandise et une certaine amende[2]. La passion du gain, ce principal moteur de toute opération commerciale, fait cependant braver la loi, les chances de bénéfices à réaliser par la fraude dépassant souvent les chances de pertes à courir par la confiscation et l'amende. C'est cette violation des règlements douaniers qui porte le nom de *contrebande*[3]. Elle n'est point

[1] Vattel, *Droit des gens*, l. I, § 90.

[2] V., par exemple, dans le Code russe, t. XV, art. 832-864.

[3] Le terme *contrebande* est formé de *contra* et *bandum*, corruption de *bannum*. Ce dernier mot avait en latin plusieurs significations : *bannum mittere*, c'était mettre quelque chose sous sa protection ; *in bannum mittere*,

Digitized by Google

du domaine du droit international : il s'agit de la législation intérieure de l'État et des pénalités qu'elle impose dans les limites de l'État même. Il n'en est pas ainsi de la *contrebande de guerre;* celle-ci appartient exclusivement au domaine du droit international. Elle consiste dans *l'importation d'une certaine catégorie de marchandises,* plus spécialement destinées à l'usage de la guerre, dans le territoire d'une puissance belligérante [1]. Ce ne sont point les lois intérieures d'un État, mais le droit international qui régit ce commerce.

Toutes les questions qui se rapportent au droit impliquent une distinction à formuler entre les personnes ou sujets, l'objet et l'action. Ce système est employé particulièrement par les auteurs allemands dans la plupart des ouvrages scientifiques sur le droit pénal, le droit civil, etc.; jusqu'à présent il a été peu employé dans les questions qui ont trait au droit international; mais, à notre avis, il pourra être appliqué avec fruit dans la question que nous nous proposons de traiter: Nous parlerons dans un chapitre spécial des moyens qui servent à prévenir et à réprimer la contrebande de guerre [2].

Mais nous devons examiner au préalable la légalité même de la prohibition de la contrebande de guerre, et esquisser les différentes prescriptions du droit positif à son égard.

I. Nous avons observé plus haut qu'on ne saurait refuser à

voulait dire confisquer par un édit; *bannum ponere,* c'était proclamer une sentence. Le plus naturel est de le faire dériver de cette dernière acception, d'autant plus que c'est celle que conservèrent l'italien *bando* (ordonnance) et le français *ban* (proclamation des promesses de mariage); le mot *contrebande* signifierait donc infraction d'une proclamation ou ordonnance, et serait l'équivalent de contravention. En effet le mot *contrebandier* désigne non-seulement le transgresseur des lois des douanes, mais aussi des lois civiles en général; de même l'italien *contrabando,* signifie aussi violation des lois civiles.

[1] Nous ne donnons pas *à priori* une définition précise de la contrebande de guerre. Une telle définition implique nécessairement un examen rationnel des principes mêmes et des données historiques qui s'y rapportent. Le *Droit maritime,* de M. Jouffroy, expose les essais des publicistes quant à la définition de la contrebande de guerre.

[2] Il est à observer que fort souvent, dans les ouvrages scientifiques mêmes, les termes de *contrebande* et de *contrebande de guerre* sont appliqués à l'objet même, c'est-à-dire à la marchandise (par exemple, Klüber, *Das Europäische Völkerrecht,* § 288). Il est essentiel de ne point perdre de vue la différence qui existe entre la contrebande, le fait du transport des marchandises prohibées et les objets de contrebande, ces marchandises elles-mêmes.

Digitized by Google

une puissance belligérante le droit de poursuivre la contrebande de guerre. Nous croyons devoir compléter notre pensée. La contrebande de guerre ne saurait se produire si ce n'est entre une nation neutre et un État belligérant, comme nous le verrons bientôt. Il s'agit donc de la fourniture au *belligérant* par le *neutre* d'une certaine espèce de produits. Les personnes juridiques sont représentées ici, d'une part par chacun des neutres, de l'autre par chacun des belligérants. Tout rapport juridique entre les personnes implique nécessairement de part et d'autre une volonté libre.

Dans la question actuelle, ce sont les autorités suprêmes des belligérants qui représentent cette volonté à l'égard des neutres, et *vice versa*. La simultanéité même de ces deux volontés libres impose à chacune d'elles le devoir de limiter son droit et sa sphère d'action par la reconnaissance du droit et de la sphère d'action réservés à l'autre partie : cette démarcation indispensable des *droits* et des *devoirs* réciproques est réservée à la science même du droit. Le droit, comme *principe général objectif*, se subdivise en prétention subjective, ou bien en droit dans le sens subjectif d'un côté, et en obligation d'un autre côté [1]. Il en résulte nécessairement la réciprocité de la prétention et de l'obligation, qui ne peuvent exister isolément.

Les publicistes qui ne sont point remontés à l'origine du droit dans le sens objectif ont été réduits à établir un principe arbitraire, celui d'un accord tacite entre les deux parties, servant à réconcilier les droits réciproquement opposés.

Pour démontrer l'existence du droit dans le sens subjectif, il faut donc nécessairement prouver au préalable l'existence de l'obligation, fondée elle-même sur un droit dans le sens objectif; ainsi le droit des belligérants de poursuivre la contrebande de guerre, ressortirait de l'obligation même des nations neutres de s'en abstenir.

Les neutres sont obligés de s'abstenir de toute action tendant à fortifier l'action militaire du belligérant; ils sont même obligés de s'abstenir de toute fourniture également profitable sous ce rapport aux deux belligérants [2] : la guerre, même par-

[1] Ahrens, *Philosophie du droit*, partie générale, ch. II (développement du principe du droit), § 3.

[2] V. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, l. II, ch. III, § 146. Il y a cependant des publicistes qui n'admettent pas ce principe, par exemple, Koehl, *Seerecht*, ch. IV, § 513, p. 1076; Arendt, ch. I, p. 108.

Digitized by Google

tielle, est toujours une calamité pour tout le monde, et par conséquent le neutre qui alimente la guerre en est responsable, non-seulement vis-à-vis du belligérant au détriment duquel il agit en favorisant son adversaire, mais aussi vis-à-vis de l'humanité même; il contribue à alimenter un mal universel. La fourniture à l'un des belligérants d'objets destinés à combattre son ennemi, tels que poudre, armes et tout ce que la science ou les traités, fondés sur les déductions de la science, qualifient de contrebande de guerre, est un des moyens d'action les plus efficaces. Par conséquent la contrebande de guerre est une violation des devoirs de neutralité, ou bien les neutres sont obligés de s'abstenir de la contrebande de guerre. C'est là le vrai principe sur lequel est fondé le droit qu'a la puissance belligérante de réprimer la contrebande de guerre. Les moyens préventifs ne sont pas à sa portée, par la raison qu'elle ne peut pas intervenir dans les affaires intérieures des puissances neutres. Mais lorsque cette violation de son droit, la fourniture d'objets de contrebande de guerre à son ennemi, s'effectue à sa portée, en mer, sur ce territoire commun des nations, elle est certainement en droit de la réprimer.

Hubner a le premier envisagé sous cet aspect le droit des belligérants à l'égard de la contrebande de guerre[1]. Galiani a suivi son exemple[2]. La science contemporaine a définitivement sanctionné ce système, développé et soutenu par les autorités les plus éminentes, notamment par Heffter[3], Ortolan[4], Hautefeuille[5], Rayneval[6], Weis[7] et plusieurs autres.

Quelques publicistes ont cependant envisagé la question sous un autre point de vue; ne voulant pas remonter jusqu'au droit dans le sens objectif, ils se sont arrêtés au droit dans le sens subjectif, et par conséquent n'ont point vu l'obligation qui émane de l'essence même du droit; ils n'ont vu que deux droits opposés : d'une part celui de la liberté absolue du commerce des neutres, droit en vertu duquel ces derniers peuvent

[1] *De la saisie des bâtiments neutres*, v. I, part. II, ch. I, § 1.
[2] *De' doveri di principi neutrali*, liv. I, ch. I, 6-9.
[3] *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, l. II, ch. III, § 157.
[4] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, part. II, l. III, ch. VI.
[5] *Des droits et des devoirs des neutres en temps de guerre maritime*, part. II, p. 303.
[6] *La liberté des mers*, part. I, ch. VII, § 1.
[7] *Code de droit maritime*, part. II, ch. III, § 34.

Digitized by Google

fournir aux belligérants toute espèce de marchandises, y compris celles de contrebande même, et de l'autre le droit réservé au belligérant de poursuivre tout commerce des neutres préjudiciable à ses intérêts. Ce droit des belligérants, on l'a fait émaner de la nécessité même, nécessité qu'on doit plutôt qualifier d'intérêt dans un sens fort élastique.

Afin de concilier, dit-on, ces deux droits opposés, on a établi la prohibition de la fourniture de certains objets aux belligérants. D'après ces déductions, la prohibition même est un acte arbitraire. La liberté absolue du commerce des neutres est directement violée par le droit accordé aux belligérants de frapper de prohibition un commerce nuisible à leurs intérêts.

Cette théorie est principalement celle des écrivains du XVIIIe siècle[1]; elle émane de la doctrine du droit naturel. Parmi les auteurs qui l'ont suivie, nous croyons devoir citer Wolf[2], Coccejus[3], Heineccius[4], Bynkershoëk[5], Lampredi[6], Asuni[7], Vattel[8], Klüber[9].

[1] Elle remonte en réalité au XVIe siècle. Alberico Gentile, dans un ouvrage publié en 1589, établit déjà le conflit entre le droit des neutres et celui des belligérants, et fait dériver l'interdiction du commerce de contrebande de la nécessité des États en guerre. Voici les paroles (di Gentile) : « Est æquo æquius et favorabili favorabilius et utili utilius. Lucrum hi commerciorum sibi perire nolunt. Illi nolunt qui fieri quod contra salutem suam est. Jus commerciorum æquum est ac hoc æquius tuendæ : est illud gentium jus, hoc naturæ est; est illud privatorum hoc regnorum. »

[2] *Jus gentium*, cap. VIII, § 683.

[3] *Novum systema jurisprudentiæ naturalis et romanæ*, § 789, Coccejus. Voici ses paroles : « Neuter prohibere potest vel turbare commercia pacati cum altero hostium. Itaque verum est etsi hostium vires inde augeantur ut si ferrum, arma, frumenta, aliaque quæ in bello usum habent efferuntur. At impedire pacatum possumus, si in urbem obsessam frumenta, arma etc. inferre velit, idque jure necessariæ defensionis, nec commercium impeditur. »

[4] *De navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis*, § 14.

[5] *Quæstiones juris publici*, lib. 1, cap. 9.

[6] *Du commerce des neutres*, ch. I, § 4. Lampredi reconnait d'un côté « que les sujets d'un État neutre ont, en vertu du droit de la nature et des gens, la pleine liberté de faire partout et en tout temps le commerce de toute sorte de marchandises, même de munitions de guerre; » de l'autre il admet que « chaque puissance belligérante a le droit d'interdire un commerce qui fournit à ses adversaires les moyens de poursuivre la guerre. »

[7] *Droit maritime de l'Europe*. t. II, ch. II, § 2.

[8] *Droit des gens*, l. III, ch. VII, § 104.

[9] *Das Europäische Völkerrecht*, §§ 287 et 288.

Digitized by Google

II. De tout temps les gouvernements ont exercé le droit de défendre à leurs sujets tout commerce avec une puissance ennemie, ou du moins celui qui pourrait avoir un rapport avec la guerre.

C'est ainsi que le droit romain contenait des stipulations restrictives à l'égard du commerce avec les « barbares » que la maîtresse du monde, désireuse d'étendre indéfiniment son empire, considérait comme ses ennemis perpétuels. L'empereur Marcien promulgua une loi qui prononçait la peine de mort contre tous ceux qui vendraient aux barbares des arcs, des flèches, des boucliers, des cuirasses, des glaives, du fer en barres ou le minerai dont se tire ce métal[1].

Plus tard, et à mesure que la frayeur des barbares augmentait à Constantinople, on étendit la peine capitale à tous ceux qui fourniraient aux Barbares, non-seulement du fer, mais du pain ou du sel, même du vin et de l'huile[2].

Néanmoins ces lois n'étaient nullement du domaine du droit international; c'étaient des lois intérieures, des lois de douanes; les législations actuelles aussi menacent de peines sévères ceux qui viendraient de la même manière en aide à l'ennemi

[1] L. 2, C., *De rebus quæ exportari non debeant*, IV, 41. « Nemo alienigenis barbaris cujuscunque gentis ad hanc urbem sacratissimam sub legationis specie vel sub quocunque alio colore venientibus aut in diversis aliis civitatibus vel locis, loricas scuta et arcus, sagittas et gladios vel alterius cujuscunque generis arma audeat venumdare, nulla prorsus iisdem tela, nihil penitus ferri, vel facti jam vel adhuc infecti ab aliquo distrahatur. Perniciorum namque romano imperio et proditioni proximum est barbaros quos indigere convenit telis eos ut validiores reddantur instruere. Si quis autem aliquod armorum genus quarumcunque nationum barbaris alieni gentis contra pietatis nostræ interdicta ubicunque vendiderit, bona ejus universa proscribi protinus ac fisco addici; ipsum quoque capitalem pœnam subire decernimus. »

[2] « Cotem ferro subigendo necessariam hostilibus quoque venumdari, ut ferrum et frumentum et sales non sine periculo capitis licet. » (Paulus, fragm. 11, Digest., *De publicanis;* voir aussi *Basiliq.*, liv. 19, tit. 1, ch. 24 et 25). Quant à la loi qui défendait l'exportation de l'huile et du vin, le législateur romain la base sur l'étrange raison qu'il ne faut pas donner aux barbares le goût de ces riches produits, de peur de les attirer sur le territoire de l'empire et de leur donner l'idée d'en faire la conquête (ne gustus quidem causa). Dig., I, 48, tit. IV, et Codes, lib. III, *Quæ res exportari non debeant.*

Digitized by Google

du pays[1]. A l'époque des croisades, les bulles des papes défendaient aux nations chrétiennes tout commerce avec les Sarrasins. Quant à la fourniture d'armes à ces ennemis de la chrétienté, ce délit était passible d'excommunication, de confiscation de la marchandise, du vaisseau et de tous les biens du coupable, qui était en outre condamné à la servitude et devenait esclave du capteur. De telles constitutions ont été édictées par les papes Alexandre III (1179), Innocent III, Boniface VIII (1302) et Clément V (1310)[2].

Il est généralement admis que ce sont ces bulles des papes qui sont les premiers actes qui aient trait à la contrebande de guerre. On oublie que la défense faite par les pontifes de Rome ne se rapportait nullement à un peuple qui aurait été considéré comme neutre dans la grande lutte engagée entre le croissant et la croix. Elle se rapportait à toute l'Europe chrétienne, et avait en vue l'Asie musulmane. Entre ces deux camps la guerre était à l'état de permanence et n'avait pas besoin d'être déclarée de part et d'autre; la paix n'était point admise; des trêves, oui, par suite d'épuisement. Quand une troupe de croisés se trouvait détruite par la misère ou les combats, on se résignait; mais bientôt les chrétiens du Nord reprenaient l'œuvre où l'avaient laissée les chrétiens du Midi. Les bulles des papes qui défendaient le commerce avec les infidèles n'étaient pas, au point de vue du droit, des lois obligatoires; c'étaient plutôt des règlements moraux pour tous les alliés engagés dans la grande lutte, dont le pontife de Rome était le promoteur et le chef; la cause était commune, la prohibition promulguée par les papes l'était aussi. Néanmoins, dans la plupart des États chrétiens, les princes sanctionnaient par leurs ordonnances les prohibitions portées par les bulles. La défense de fournir des armes et d'autres objets aux Sarrasins devenait donc une loi positive; mais elle recevait en même temps le caractère de loi intérieure de douane, analogue à celle de l'empire romain vis-à-vis des barbares ; ce qu'au-

[1] L'article du Code pénal russe punit des travaux forcés celui des sujets russes qui seconderait l'ennemi public.

[2] Au XVe siècle, les papes Nicolas V, Calixte III et Clément VIII ont publié les mêmes défenses à l'égard des peuplades africaines qui étaient en guerre avec le Portugal.

Digitized by Google

torisait dans l'antiquité l'unité de l'empire, l'unité de foi, ou plutôt l'intérêt de la commune défense, sembla l'autoriser au moyen âge.

La vraie notion de la contrebande de guerre ne s'est précisée qu'à une époque ultérieure, lorsque dans les luttes qui s'élevèrent entre les différents États européens, quelques gouvernements conçurent la pensée de s'emparer du droit que s'était attribué la papauté au temps des croisades, de prohiber tout commerce, non-seulement de la part de leurs sujets, mais aussi de la part des neutres, avec les peuples auxquels ils déclaraient la guerre.

Toutes les fois que cette prohibition émanait de la volonté de l'un des belligérants qui prétendait l'imposer à un peuple resté neutre, elle était contraire, comme nous l'établirons plus tard, à tous les principes d'équité, et ne pouvait devenir efficace que par un abus de la force. Mais s'il intervenait un traité par lequel le neutre promettait de s'abstenir, pendant la durée de la guerre, de tout commerce ou seulement d'un certain commerce, avec l'ennemi du prince auquel il faisait cette promesse, le traité devenait la base d'un droit qui restreignait, à l'égard de tel ou tel peuple, la liberté absolue du commerce.

C'est ainsi qu'apparut pour la première fois dans le droit positif la question de *contrebande de guerre*. Néamoins elle n'eut d'effet pratique que lorsque les différents États commencèrent à se créer des marines de guerre, à organiser la course, et se mirent ainsi en état d'empêcher les neutres de fournir à leurs ennemis les objets prohibés. « On reproche à « la ligue hanséatique (dit Cauchy[1]) d'avoir mis les *prohibi-* « *tions générales* de commerce en usage dans les mers du « Nord. Elle qui semblait avoir pour mission de défendre les « droits de la neutralité, dont elle savait si bien se prévaloir « à son profit, fut entraînée par son ambition à violer dans ses « guerres les principes sur lesquels repose l'indépendance « mutuelle des États.

« Il paraît moins surprenant que l'Angleterre, dont les mar- « chés se trouvent envahis par les négociants privilégiés de « la Flandre et de la Baltique, ait songé à se faire une arme

[1] *Droit maritime*, t. I, p. 358.

Digitized by Google

« de ce qui faisait sa faiblesse commerciale, en menaçant du « retrait de leurs priviléges les neutres qui, pendant ses « guerres, ne s'abstenaient pas de tout commerce avec ses « ennemis[1]. La France était elle-même entrée dans cette voie « en stipulant par un traité de 1302 avec l'Angleterre, que « cette dernière puissance romprait tout commerce avec la « Flandre, alors ennemie de la nation française. »

Mais pendant que les puissances du Nord s'appliquaient ainsi à empêcher tout commerce des neutres avec leur ennemi, les villes maritimes de la Méditerranée avaient déjà abandonné ce système[2]. C'est que les habitants des bords de la Méditerranée s'étaient habitués depuis longtemps à tenir peu compte de ces prohibitions générales de commerce qui, même pendant les croisades, n'avaient jamais eu de réelle efficacité; tout le monde sait que c'est justement au milieu des guerres religieuses que les relations commerciales entre l'Europe et l'Asie se sont étendues et multipliées.

« La force des choses (continue Cauchy) amena donc à re- « noncer peu à peu à un système qui était contraire à tous les « principes, et à limiter les prohibitions de commerce des « neutres avec l'ennemi à certains objets qui, par leur nature, « peuvent aider directement à la guerre. »

La question entra ainsi dans une phase nouvelle. Il fallut préciser la notion de la contrebande de guerre, la séparer de celle du blocus, de l'interdiction générale du commerce, et établir une énumération des objets de contrebande. C'est dans cette voie que s'engagèrent les différents gouvernements dès les premières années du XVe siècle. L'un des plus anciens traités où soit mentionnée la contrebande de guerre est celui qui fut conclu le 10 mars 1406 entre l'Angleterre et la Bourgogne[3]. Néanmoins, il ne donne aucune énumération des objets de contrebande. Ce n'est qu'à partir du siècle suivant que les traités se chargèrent de cette tâche difficile.

[1] V. les ordonnances de 1315 et 1337, rendues par le gouvernement anglais à l'occasion de ses guerres avec l'Écosse. Hautefeuille, *Progrès du droit des gens*, p. 124.

[2] Le *Consulato del mare* ne fait même pas mention de la contrebande de guerre. Les lois du nord de l'Europe, celles de l'Oléron, de Whisby et de la Hanse ne contiennent pas non plus d'énumération des objets de contrebande; mais elles défendent ce commerce par des dispositions générales très-sévères.

[3] Dumont, *Corps diplomatique*, vol. II, p. 302.

Digitized by Google

La science du droit, qui dans toutes les autres branches de la jurisprudence servait de guide aux gouvernements, se laissa, dans le droit international, devancer par la pratique.

C'est que le droit romain, qui servait en tout de base aux jurisconsultes de la Renaissance, ne contenait que des dispositions relatives au droit intérieur des États.

Si même les savants de l'école de Bologne avaient quelques notions de la contrebande de guerre, aucun d'eux n'en parle dans ses ouvrages. Alberico Gentile[1], écrivain de la fin du XVIe siècle, est, à notre connaissance, le plus ancien des publicistes qui traitent la question de la contrebande de guerre. Néanmoins, la définition qu'il en donne est obscure et fausse, propre à favoriser les interprétations arbitraires et partiales des belligérants : fondant la prohibition des objets de contrebande uniquement sur un *droit* des puissances en guerre, Gentile oublie celui des neutres et le sacrifie en définitive aux *intérêts* des belligérants.

Grotius[2] s'est occupé de la question de contrebande de guerre avec plus de soin, mais la définition qu'il en donne a fait aussi beaucoup de tort au commerce des neutres, car elle a établi dans la science, outre la contrebande ordinaire ou absolue, une nouvelle interdiction tout arbitraire que les belligérants pouvaient étendre suivant leur convenance, et qu'ils ont souvent essayé d'appliquer.

C'est l'origine de la théorie de la contrebande relative ou par accident.

Bynkershoëk fut le premier à montrer le peu d'exactitude des définitions de Grotius[3].

A son exemple, tous les publicistes qui s'occupèrent du droit maritime, donnèrent une attention toute spéciale à la question de la contrebande de guerre. Toutefois, il ne s'en trouve pas deux qui soient d'accord sur ce sujet. La divergence d'opinions est si grande qu'il est impossible de découvrir une marche progressive et régulière dans la science relativement à la contrebande de guerre. Il nous paraît donc inutile de signaler dans cet aperçu historique les différentes théories des

[1] *De jure belli*, lib. I, cap. 21.
[2] *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. I, § 52.
[3] Cap. 10.

Digitized by Google

savants, que nous citerons dans la suite en parlant des points les plus controversés.

En tout cas, ces théories n'eurent pas une grande influence sur le droit positif, qui marcha séparé de la théorie.

Le développement ultérieur de la notion de la contrebande de guerre dans la pratique ne manqua pas de se ressentir de cet abandon.

Nous avons vu comment l'idée de la contrebande de guerre avait reçu peu à peu une forme plus déterminée en se détachant de celle du blocus dans lequel elle avait été confondue à l'époque où les différents États tâchaient d'interdire *tout* commerce avec leurs ennemis.

Néanmoins ce développement naturel commença à se ralentir dans les temps modernes. Peu à peu les vrais principes de la contrebande de guerre non-seulement cessèrent de se développer, mais encore perdirent progressivement leur vrai caractère : la prohibition de la contrebande de guerre devenait de plus en plus un moyen d'action contre le commerce des neutres. Cette regrettable circonstance, si contraire aux progrès accomplis par les autres branches du droit durant cette même période, doit être attribuée aux faits suivants : Lorsque après la découverte de l'Amérique, après les différentes inventions faites dans les arts, l'esprit de spéculation se développa parmi les nations de l'Europe, les gouvernements virent dans la prohibition de la contrebande de guerre un prétexte spécieux pour développer leur commerce national aux dépens des autres peuples. Cette tendance se manifeste progressivement parmi toutes les puissances maritimes prépondérantes, et la progression va jusqu'aux premières années du XIXe siècle pour aboutir aux monstreux phénomènes du blocus de l'Europe entière et du système continental. L'Espagne, qui a hérité de la prépondérance maritime à la décadence de la ligue hanséatique dans le cours du XVIe siècle, a considérablement abusé du droit de prohibition dans le même sens ; elle stipula, par exemple, la prohibition des blés dans les traités qu'elle conclut avec l'Angleterre en 1604 et en 1630.

La Hollande, qui à son tour régna sur les mers après la décadence rapide de l'Espagne au milieu du XVIIe siècle, suivit les mêmes errements ; par ses édits des années 1652, 1657 et 1689, elle défendait la fourniture à l'ennemi des matériaux

Digitized by Google

de construction maritime et même des grains. Elle réussissait même quelquefois à faire insérer ces défenses dans les traités; celui, par exemple, qu'elle conclut en 1614 avec la France, frappe de prohibition les vivres.

La France a relativement moins abusé que les autres puissances du droit de réprimer la contrebande de guerre. Cependant dans le courant du XVIIIe siècle, entraînée par son animosité contre l'Angleterre, elle conclut des traités qui donnent une assez grande extension au cercle des marchandises de contrebande. C'est ainsi que celui de 1742, avec le Danemark, y comprend les matériaux de construction maritime. En outre le célèbre règlement de Louis XVI (du 26 juillet 1778) stipule une pénalité bien sévère pour le transport d'objets prohibés sur le territoire de l'ennemi.

Mais c'est surtout l'Angleterre qui a poussé à l'excès l'abus de sa prépondérance maritime, en multipliant à l'infini la catégorie des objets de contrebande de guerre, en vue de ruiner le commerce neutre. L'abus que nous signalons, et qui fut converti en système constant par l'Angleterre, s'était jusque-là manifesté plutôt comme un essai, comme une tendance temporaire dans la conduite des autres puissances; car ni la ligue hanséatique, ni l'Espagne, ni la Hollande, ni aucun autre gouvernement n'ont exercé cette prépotence universelle, qui était réservée à la Grande-Bretagne. Elles n'ont donc pas été à même de réaliser leurs tendances au même degré. C'est pourquoi jusqu'à l'établissement définitif de la prépondérance maritime de l'Angleterre, on trouve dans les traités relativement moins de stipulations iniques à l'égard de la contrebande de guerre qu'après cette époque. Mais depuis le temps de Cromwell, et en proportion de l'accroissement de sa puissance maritime, la Grande-Bretagne a cherché dans ses traités avec les autres États à élargir de plus en plus les limites de la contrebande de guerre, en même temps qu'elle en rendait la répression de plus en plus rigoureuse. C'est ainsi que dans plusieurs traités elle réussit à prohiber comme marchandises de contrebande les objets destinés à la construction des navires, la monnaie, même les blés (traités de 1654 et de 1661 avec le Danemark).

Cependant, même à cette époque, l'Angleterre ne parvenait pas toujours à atteindre son but; elle trouvait surtout de la

Digitized by Google

résistance de la part de la France. Dans le traité, par exemple, qu'elle conclut le 24 février 1677, elle dut reconnaître par l'article 3 que l'on excluait *seulement* du commerce les marchandises de contrebande, lesquelles ne comprenaient « que les objets et assortiments façonnés pour la guerre, » et ajouter encore dans l'article 4 : « Ne seront aussi compris dans les marchandises défendues les cotons, chanvres, lins, pois, cordages, voiles, ancres, mâts, planches, poutres et bois travaillé de toute espèce d'arbres et qui peut servir à construire des vaisseaux et à les radouber. »

Le traité d'Utrecht lui-même (1713), qui donne une assez grande extension à la notion de la contrebande de guerre, en y comprenant même « les chevaux avec leurs harnais et tous les autres *semblables* genres d'armes et d'instruments de guerre servant à l'usage des troupes, » ne satisfaisait pas les désirs démesurés de la Grande-Bretagne.

Depuis cette transaction, nous voyons l'Angleterre s'appliquer à ne point laisser insérer dans les traités qu'elle signe l'énumération des marchandises de contrebande de guerre. La conscience de sa force lui fait désirer plutôt le vague qu'une détermination précise qui pourrait, dans des cas donnés, embarrasser son action militaire. Ce système a parfaitement réussi au gré de ses tendances, et nous la voyons déterminer chaque année, et même plusieurs fois dans le courant de l'année, par ses ordres de conseil, les marchandises qui doivent être qualifiées de contrebande de guerre, ainsi que les mesures de répression à adopter. Comme pas un État n'était à même de se mesurer avec l'Angleterre sur mer, les droits des neutres étaient continuellement violés. Il y a bien eu quelques puissances qui protestaient contre cette violation des droits des neutres, et l'Angleterre consentait quelquefois à conclure avec elles des traités sur des bases équitables; c'est ainsi que la France, par son traité de 1786 avec l'Angleterre, ne reconnaît pour objets de contrebande que les armes et véritables munitions de guerre, et en exclut nominativement une foule d'articles que l'Angleterre avait l'habitude de déclarer de contrebande[1]. ALEXANDRE BASILY.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

[1] Martens et Cussy, *Recueil*, t. I, p. 365, art. 22 et 23 du traité.

Digitized by Google

DE LA RÉVISION DU CODE PÉNAL EN BELGIQUE,

Par M. Léopold THÉZARD,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

DEUXIÈME PARTIE.

DES INFRACTIONS ET DE LEUR RÉPRESSION EN PARTICULIER.

40. La première question qui se présentait au début de cette seconde partie était celle de la classification des infractions.

Une classification complétement rationnelle est à peu près impossible. Si l'on classe les infractions d'après les peines encourues, on associe les faits les plus divers, et l'on sépare des faits éminemment connexes. Il faut considérer la nature intime des infractions, le caractère dominant du préjudice qu'elles causent; mais la généralisation présente des difficultés presque insurmontables. Cependant il est utile de faire une classification, ne fût-ce que pour guider la mémoire du juge ou l'esprit du lecteur ordinaire; quant à la perfection de cette classification, elle importe peu, pourvu qu'on n'y attache pas de conséquences pratiques. C'est ainsi que le Code de 1810 a pu, sans inconvénients, prendre pour base une division en *crimes et délits contre la chose publique*, et *crimes et délits contre les particuliers*, division très-défectueuse par son principe, et encore plus par la façon dont le législateur l'a appliquée dans bien des cas.

Les législateurs belges, s'inspirant des idées de Rossi, ont cru cependant qu'il fallait répudier tout à fait cette classification : « Il est temps de renoncer à certaines analogies générales, qui, en créant des associations artificielles d'idées, entraînent à des jugements souvent fort erronés sur le choix et la qualité des peines.. » On a donc procédé en divisant les infractions en dix grandes catégories; mais on ne s'est encore flatté que de faire une classification approximative et exempte

[1] V. tome XXXI, p. 156, 302 et 444; t. XXXII, p. 48.

Digitized by Google

des plus graves reproches adressés à celles des Codes antérieurs.

41. Nous allons ici donner cette classification, avec les subdivisions qui forment les chapitres de chaque titre. Aride en apparence, cette espèce de table des matières est néanmoins instructive par l'ordre qu'elle révèle, quelquefois même par les qualifications qu'elle adopte et celles qu'elle exclut implicitement.

Voici donc les divisions du livre II du Code pénal belge :

Titre I. — Des crimes et des délits contre la sûreté de l'État.

Chap. 1. Des attentats et des complots contre le roi, contre la famille royale et contre la forme du gouvernement.
— 2. Des crimes et des délits contre la sûreté extérieure de l'État.
— 3. Des crimes et des délits contre la sûreté intérieure de l'État.

Titre II. — Des crimes et des délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution.

Chap. 1. Des délits relatifs à l'exercice des droits politiques.
— 2. Des délits relatifs au libre exercice des cultes.
— 3. Des atteintes portées par des fonctionnaires publics aux droits garantis par la Constitution.

Titre III. — Des crimes et des délits contre la foi publique.

Chap. 1. De la fausse monnaie.
— 2. De la contrefaçon ou falsification des effets publics, des actions, des obligations, coupons d'intérêts, et des billets de banque autorisés par la loi.
— 3. De la contrefaçon ou falsification des sceaux, timbres, poinçons, marques, etc.
— 4. Du faux commis en écriture et dans les dépêches télégraphiques.
— 5. Du faux témoignage, du faux serment et des fausses excuses alléguées pour s'affranchir d'un service dû légalement.
— 6. De l'usurpation de fonctions, de titres ou de noms.

Digitized by Google

Titre IV. — Des crimes et des délits contre l'ordre public, commis par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ou par des ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère.

Chap. 1. De la coalition des fonctionnaires.
— 2. De l'empiétement des autorités administrative et judiciaire.
— 3. Des détournements et des concussions commis par des fonctionnaires publics.
— 4. De la corruption des fonctionnaires publics.
— 5. Des abus d'autorité.
— 6. De l'exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé.
— 7. De quelques délits relatifs à la tenue des actes de l'état civil.
— 8. Des infractions commises par les ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère.

Titre V. — Des crimes et des délits contre l'ordre public, commis par des particuliers.

Chap. 1. De la rébellion.
— 2. Des outrages et des violences envers les ministres, les membres des chambres législatives, les dépositaires de l'autorité ou de la force publique.
— 3. Du bris de scellés.
— 4. Des entraves apportées à l'exécution des travaux publics.
— 5. Des crimes et des délits de fournisseurs.
— 6. De la publication ou de la distribution d'écrits sans indication du nom et du domicile de l'auteur ou de l'imprimeur.
— 7. Des infractions aux lois et règlements sur les loteries, les maisons de jeu et les maisons de prêt sur gages.
— 8. Des infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques.
— 9. De quelques autres infractions à l'ordre public (inhumations, armes prohibées, épizooties).

Digitized by Google

Titre VI. — Des crimes et délits contre la sécurité publique.

Chap. 1. De l'association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés.
— 2. Des menaces d'attentat contre les personnes et les propriétés.
— 3. De l'évasion des détenus.
— 4. De la rupture de ban et de quelques recèlements.
— 5. Des délits contre la sécurité publique, commis par des vagabonds ou des mendiants.

Titre VII. — Des crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique.

Chap. 1. De l'avortement.
— 2. De l'exposition et du délaissement d'enfants.
— 3. Des crimes et délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil de l'enfant.
— 4. De l'enlèvement des mineurs.
— 5. De l'attentat à la pudeur et du viol.
— 6. De la prostitution ou corruption de la jeunesse.
— 7. Des outrages publics aux bonnes mœurs.
— 8. De l'adultère et de la bigamie.

Titre VIII. — Des crimes et des délits contre les personnes.

Chap. 1. De l'homicide et des lésions corporelles volontaires.
— 2. De l'homicide et des lésions corporelles involontaires.
— 3. Du duel.
— 4. Des attentats à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile, commis par des particuliers.
— 5. Des atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes.
— 6. De quelques autres délits contre les personnes.

Titre IX. — Crimes et délits contre les propriétés.

Chap. 1. Du vol et des extorsions.
— 2. Des fraudes (banqueroute, abus de confiance, escroquerie, tromperie, recèlement, etc.).
— 3. Destructions, dégradations, dommages (incendie, dévastation, inondation, etc.).

Digitized by Google

Titre X. — Des contraventions. (Ce titre contient trois chapitres, consacrés aux contraventions dites de première, deuxième et troisième classes.)

42. Les titres I, II et IV touchent principalement à des questions politiques qui sortent des bornes de ce travail. Il nous suffira, comme appréciation générale, de dire que les dispositions contenues dans ces titres reproduisent la plupart du temps celles du Code revisé en 1832, et souvent les atténuent; que la distinction entre les crimes politiques et les crimes du droit commun y est soigneusement observée dans l'application des peines.

Nous nous arrêterons sur deux points d'un intérêt particulier : la législation relative aux cultes, — la séparation des autorités administrative et judiciaire.

43. *Législation relative aux cultes.* — Dans la plupart des législations modernes relatives aux cultes, on trouve deux choses : une protection spéciale accordée à l'exercice d'une ou plusieurs religions, une sévérité particulière contre les délits commis sous le voile de ces religions. Presque partout c'est la conséquence d'une alliance politique entre l'État et le culte religieux : l'État protége ses alliés, et il exige d'eux, en retour, un respect particulier. Mais, en dehors même de cette alliance, ces deux caractères peuvent se rencontrer dans les lois. Les religions doivent être protégées comme les manifestations d'une des libertés les plus essentielles de l'homme, la liberté de conscience; elles peuvent être l'objet d'une surveillance spéciale, parce que la puissance des mobiles qu'elles mettent en jeu dans l'âme humaine rend plus dangereux les abus qui s'autorisent de leur influence. Mais la protection, comme la surveillance des religions, doit toujours avoir une commune limite : le respect de l'indépendance morale de l'homme; la société n'a le droit de frapper que si elle ou quelques-uns de ses membres se trouvent en face d'un péril matériel.

La Constitution belge ne reconnaît pas de religion de l'État; elle n'admet même pas la distinction entre les cultes autorisés ou non autorisés par l'État, bien que les ministres de quelques-uns reçoivent des salaires ou subsides à l'exclusion des autres : tous les cultes, en eux-mêmes, sont placés sur la même ligne

Digitized by Google

et ont droit à la même protection (art. 14 et 15 de la Constitution) [1]. Il n'y a donc pas d'autorité religieuse reconnue dans la Constitution. Aussi le Code pénal ne pouvait pas, comme l'avait fait le Code de 1810, placer l'atteinte au libre exercice des cultes sous la rubrique des *résistances, désobéissances et autres manquements envers l'autorité publique;* il l'a mise sous le titre des *crimes et délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution.*

La loi punit quatre délits : 1° celui de *contraindre* ou *empêcher* quelqu'un, par violences ou menaces d'exercer, un culte, d'assister à l'exercice de ce culte, de célébrer certaines fêtes religieuses, d'observer certains jours de repos, et en conséquence d'ouvrir ou fermer leurs ateliers, boutiques, etc. (emprisonnement de huit jours à deux mois, amende de 26 fr. à 200 fr.).

2° Le délit d'empêcher, retarder ou interrompre, par des troubles ou des désordres, les cérémonies ou exercices religieux, dans un lieu destiné ou servant habituellement au culte (emprisonnement de huit jours à trois mois, amende de 26 fr. à 200 fr.).

3° Avoir outragé par faits, paroles, gestes ou menaces, les objets d'un culte, soit dans les lieux servant à son exercice, soit dans les dépendances extérieures de ces lieux, soit dans les cérémonies publiques de ce culte (emprisonnement de quinze jours à six mois, amende de 26 fr. à 500 fr.).

4° Avoir outragé par faits, paroles, gestes ou menaces, le ministre d'un culte dans l'exercice de son ministère (même peine que pour les cas précédents; si le coupable a frappé le ministre du culte, emprisonnement de deux mois à deux ans et amende de 50 fr. à 500 fr.; si les coups ont été cause d'effusion de sang, de blessure ou de maladie, emprisonnement de six mois à cinq ans, amende de 100 fr. à 1,000 fr.) [2].

Toutes ces dispositions pénales protégent également tous les cultes quelconques : on a rejeté une disposition du projet qui restreignait le dernier des délits ci-dessus au cas où il s'agissait des ministres d'un culte salarié ou subsidié par l'État; le salaire de l'État n'est pas le signe nécessaire du respect dû

[1] Rapport à la Chambre des députés, à la session de 1861.
[2] Art. 142-145 du nouveau Code pénal.

Digitized by Google

aux différents cultes; ils sont tous égaux devant la Constitution, tous également protégés, pourvu seulement qu'il s'agisse « de cultes sérieux, de cultes véritablement dignes de ce nom. » Le projet lui-même repoussait la distinction en ce qui concerne les trois premiers délits, et il consacrait ainsi une inconséquence. — Le texte définitif exige d'ailleurs, pour que l'outrage soit punissable des peines établies, qu'il ait atteint le ministre du culte dans l'exercice de son ministère. Hors de là, le ministre du culte est un simple citoyen; et ce qu'on protége en lui, ce n'est pas un caractère personnel, pour l'appréciation duquel la loi est incompétente, c'est la liberté de conscience de ses coreligionnaires, laquelle est directement atteinte quand il est outragé dans l'exercice de son ministère. La loi française consacre aussi la même distinction.

De même que les dispositions de protection, les dispositions de répression à l'égard des ministres du culte ont dû avoir un caractère à la fois plus général et moins énergique. Le Code pénal belge prévoit deux délits spéciaux en ce qui les concerne.

En premier lieu, il punit d'une amende de 50 fr. à 500 fr. le ministre du culte, qui, hors les cas formellement exceptés par la loi, aura procédé à la bénédiction nuptiale avant la célébration du mariage civil (art. 267). La peine est, il est vrai, un peu supérieure à celle du Code pénal de 1810 (amende de 16 fr. à 100 fr.); mais, en revanche, nous ne retrouvons pas l'aggravation qu'édictait ce dernier Code en cas de récidive (emprisonnement de deux à cinq ans pour la première récidive, détention pour les suivantes) (art. 199-200). — Contre le principe même de la pénalité en pareil cas, un des sénateurs belges a objecté qu'elle était incompatible avec la liberté des cultes : de quel droit, selon lui, pourrait-on empêcher le ministre d'un culte de célébrer un mariage valable à ses yeux, bien que nul devant la loi civile? La nullité civile n'est-elle pas alors une sanction suffisante? — Il est facile de répondre qu'en réalité la loi ne porte ici aucune atteinte à la liberté religieuse : car le mariage civil, en soi, n'a rien de contraire à aucune religion positive; que les personnes qui pratiquent certains cultes le trouvent insuffisant pour former une union parfaite, tout le monde l'admet; mais on ne conçoit pas quel scrupule de conscience les obligerait à le repousser comme contraire au principe de cette union. Toute conscience reli-

Digitized by Google

gieuse peut admettre le mariage civil, au moins comme préliminaire du mariage religieux; dès lors la question de liberté religieuse n'est pas engagée; et la peine légère, prononcée pour le fait dont il s'agit, ne doit plus être considérée que comme une simple mesure de police, parfaitement admissible à l'encontre de certains abus faciles à prévoir.

En second lieu, le Code belge punit d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 26 fr. à 500 fr., les ministres d'un culte qui, dans l'exercice de leur ministère, par des discours prononcés en assemblée publique, auront directement attaqué le gouvernement, une loi, un arrêté royal ou tout autre acte de l'autorité publique (art. 268). Il y a loin de là aux dispositions multiples du Code de 1810, dont les peines, pour de semblables faits et pour d'autres infractions mal définies, vont depuis un emprisonnement de trois mois à deux ans jusqu'au bannissement et à la détention.

La commission du Sénat belge avait proposé d'aller plus loin encore dans le sens du droit commun appliqué aux ministres du culte. Elle avait demandé qu'on formulât ainsi la règle : « Tout ministre des cultes qui, dans l'exercice de son ministère, se rendra coupable d'un crime ou d'un délit, sera puni du maximum de la peine attachée à ce crime ou à ce délit. » — Le projet, disait la commission, punit les attaques dirigées par des ministres d'un culte contre le gouvernement ou les actes de l'autorité publique. Eh bien ! de deux choses l'une : ou ces attaques constituent des délits de droit commun, et alors qu'on leur applique le droit commun, même dans toute sa rigueur; ou ce sont des attaques n'allant pas jusqu'au délit, ce sont de simples critiques : dans ce cas, le projet refuse aux ministres du culte le droit qui est accordé *à tout citoyen* par l'article 14 de la Constitution, de manifester ses opinions en toute matière; autant vaudrait proposer de dire : « Par dérogation à l'article 14 de la Constitution, il est défendu aux prêtres de manifester en chaire leur opinion sur des matières politiques. » Un tel procédé est d'autant moins admissible que la Constitution a d'ailleurs reconnu à tous ministres du culte le droit de correspondre avec leurs supérieurs, même à l'étranger, et de publier leur correspondance. « Ne nous défions pas de la liberté, disait en terminant la commission; ne l'étouffons pas de crainte de quelques écarts ; il y aurait bien plus de

Digitized by Google

danger, au point de vue moral et social, à mettre des entraves à la liberté des ministres des cultes qu'à les laisser parfois s'égarer dans les discussions politiques. »

Le système de la commission du Sénat n'a pas prévalu : il est permis de le regretter. Il faut constater pourtant que la loi votée punit seulement les critiques contenues dans les discours prononcés dans l'exercice du ministère du culte, et nullement dans les écrits, même pastoraux. Exigeant d'ailleurs qu'il y ait une attaque directe contre le gouvernement et ses actes, elle impose au juge une très-grande circonspection dans l'appréciation des faits.

44. *De la séparation des autorités administrative et judiciaire.* — La séparation des deux autorités qui se partagent le pouvoir exécutif, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, est un principe du droit constitutionnel moderne. Cette séparation les a même fait considérer par plusieurs publicistes comme deux pouvoirs aussi distincts entre eux qu'ils le sont vis-à-vis du pouvoir législatif. Prévenir les empiétements de l'un sur l'autre a donc dû être une préoccupation de tous les gouvernements constitutionnels ; mais l'arbitre commun qui doit statuer sur ces empiétements est difficile à établir. Plusieurs publicistes n'en voient guère d'autre que la surveillance des opinions, manifestée par la presse, et réagissant sur les élections politiques : c'est ce qu'on appelait autrefois le quatrième pouvoir. En 1848, on avait établi en France le tribunal des conflits, juridiction mixte composée d'éléments administratifs et d'éléments judiciaires, sous la présidence d'un ministre ; c'était réunir, dans le sein même du tribunal, les deux parties presque nécessairement opposées entre elles, avec un départiteur unique, qui n'offrait pas des garanties suffisantes. La doctrine passée aujourd'hui dans notre législation maintient la distinction des deux autorités ; mais l'organisation pratique de cette doctrine semble donner en somme la prééminence à l'autorité administrative. C'est le Conseil d'État, corps administratif, qui statue sur les conflits d'attribution ; c'est lui qui décide si, pour un acte commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, un agent du gouvernement doit être ou non poursuivi ; c'est lui par conséquent qui juge si cet agent est resté dans l'exercice normal et régulier de ses fonctions, ou s'il en est sorti pour commettre un

Digitized by Google

délit. Si, sur une matière du domaine judiciaire, il intervient une décision administrative, l'existence seule de l'acte administratif spécial, qu'il soit ou non légal en lui-même, dessaisit les tribunaux judiciaires; il faut un recours devant les juridictions administratives afin d'interpréter ou d'annuler cet acte.

L'autorité judiciaire n'a donc pas le pouvoir de revendiquer son domaine envahi par l'administration, et de s'y rétablir d'elle-même, tandis que, par l'institution des conflits, l'autorité administrative peut conjurer tous les empiétements de la justice. — Les deux domaines sont toujours distincts; mais dans les débats sur la délimitation, l'un des deux voisins a une supériorité manifeste sur l'autre.

La Constitution belge et les lois qui l'ont mise en pratique ont continué de distinguer les deux autorités; mais l'autorité judiciaire a conservé un domaine beaucoup plus large.

Ainsi, point « d'autorisation préalable nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics pour fait de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres » (Art. 107 de la Constitution.)

Point d'obligation pour les tribunaux judiciaires de s'arrêter devant les actes du gouvernement, soit généraux, soit spéciaux : les tribunaux sont juges en toutes circonstances des contestations qui ont pour objet des droits civils (art. 92 de la Constitution) et de celles qui ont pour objet des droits politiques (art. 93).

La juridiction administrative n'est admise que dans les cas formellement prévus par la loi ! telles sont les matières d'élections, d'impôts directs, de milice, de garde civique, enfin de polders ou wateringues. Dans ces cas spéciaux, la Constitution réserve au pouvoir exécutif le droit d'élever le conflit. Mais devant qui doit être porté ce conflit ? Ce n'est pas devant un tribunal administratif ni devant un tribunal mixte; c'est, tout au contraire, devant la Cour de cassation (art. 106 de la Constitution; — art. 20 de la loi d'organisation judiciaire du 4 août 1832). Les cas exceptionnels où la juridiction administrative est compétente sont d'ailleurs si simples et si évidents que l'usage des conflits n'a pas encore été mis en pratique; aucune loi n'a même déterminé [1] par qui, quand et comment

[1] Au moins ne l'avait-elle pas fait à la date des derniers documents que nous ayons sous les yeux; mais une loi nouvelle était annoncée à ce sujet.

Digitized by Google

ils devront être élevés, ce qui les rend en fait impraticables.

On voit par là que les dispositions pénales sur les conflits devront être bien plus théoriques que pratiques. Le Code pénal prononce seulement contre les juges qui auront persisté à juger malgré le conflit soulevé devant eux, et contre l'officier du ministère public qui aura requis contrairement au conflit une amende de 26 à 500 fr. (art. 238).

La loi prononce aussi un emprisonnement d'un mois à deux ans, une amende de 50 à 500 fr., avec interdiction facultative pendant cinq ans des droits énumérés en l'article 31, contre les juges ou officiers du ministère public qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront exécutées, ou qui se sont immiscés dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration (art. 237). Cet article est du reste expliqué par le texte de la Constitution qui permet aux juges de n'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux ou locaux, qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. Ce qu'on a voulu empêcher, comme on l'a formellement exprimé, c'est que les juges n'abusent de leur position pour entraver méchamment la marche de l'administration. Là se borne la protection accordée à l'administration contre la magistrature.

La protection du domaine de la justice contre l'administration fait l'objet de l'article 239. Les administrateurs qui se sont immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, ou qui se sont ingérés de prendre des arrêtés tendant à intimer des ordres ou défenses quelconque, à des Cours ou tribunaux, sont punis d'un emprisonnement d'un an à deux ans et d'une amende de 50 fr. à 500 fr., avec interdiction facultative, de cinq à dix ans, des droits énumérés en l'article 31. Ajoutez que les atteintes aux personnes et aux biens des particuliers, en dehors des cas formellement prévus par les fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire, sont sévèrement punies (art. 147-160), et qu'aucune autorisation n'est nécessaire pour poursuivre. — Il résulte de cet ensemble de dispositions un système assez différent du nôtre. De même qu'en France, on trouve la prééminence de

Digitized by Google

l'autorité et de la juridiction administratives, on reconnaît ici la prééminence de l'autorité judiciaire : à elle revient toujours le dernier mot.

Il ne faut pas que la préoccupation du système adopté chez nous nous fasse critiquer sans examen le système suivi en Belgique, et nous y fasse voir une infraction à des principes absolus et nécessaires.

C'est par les abus de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire qu'on a surtout compris la nécessité de les séparer. Ainsi, sous notre ancienne monarchie, on se trouvait placé entre les résistances parfois aveugles des parlements et l'esprit d'envahissement et d'entreprise des intendants royaux. Ce serait peut-être là une raison pour chercher en dehors de l'une et de l'autre autorité le pouvoir destiné à garantir leur indépendance réciproque et les limites de leur action ; c'en est une au moins, si l'on se croit obligé de donner le dernier mot à l'une d'elles, pour ne pas se décider *à priori*, mais pour préférer en définitive celle qui paraîtra offrir le plus de garanties aux droits de chacun et à l'intérêt de tous.

LÉOPOLD THÉZARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

HISTOIRE DES ÉTATS-UNIS.

Par M. LABOULAYE, membre de l'Institut.

3e ÉPOQUE.

La Constitution des États-Unis.

DU RÔLE POLITIQUE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE AUX ÉTATS-UNIS.

Compte rendu par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Aucun publiciste, si admirateur qu'il soit de la Constitution des États-Unis, n'a encore jusqu'ici proposé de l'importer en France pour l'y acclimater; ce n'est pas seulement parce qu'à raison de son origine elle nous convient moins qu'à une population dans laquelle domine le sang anglais; c'est surtout parce que l'esprit et les mœurs des Américains, et ils ne dérivent pas seulement de la race, n'escorteraient pas cette Constitution et ne seraient pas transplantés avec elle; ils ne traverseraient pas l'Océan, pour venir remplacer notre esprit et nos mœurs, et, sans l'esprit et les mœurs qui la vivifient, toute Constitution est une vaine forme, une lettre morte.

Toutefois la comparaison des Constitutions diverses n'est dépourvue ni d'intérêt ni d'utilité; elle rend au droit politique les mêmes services que la comparaison des diverses législations au droit privé.

Dans toute Constitution, il y a, comme en dépôt, trois sortes d'éléments : un élément arbitraire, fortuit, dénué de cause; un élément qui a une cause, mais une cause relative, dans la condition des personnes et de la propriété, dans la distribution des influences et de la richesse, dans les habitudes de vie, les aptitudes agricoles, commerciales, industrielles, dans l'état des croyances, des opinions, des préjugés, dans le degré de lumières, et enfin un élément, que j'appellerai philosophique, qui a une cause absolue, le besoin d'assurer de plus en plus le triomphe de la raison et de la justice.

De ces trois éléments, le premier est un témoignage de l'in-

Digitized by Google

firmité humaine; le second, de sa variété; le troisième, de sa grandeur.

Il n'y a guère que le troisième élément qui soit susceptible d'emprunt, ou du moins d'imitation.

Le premier élément, on ne saurait le méconnaître, n'a rien d'enviable. Quant au second élément, il est trop local, trop dépendant de son encadrement pour être déplacé isolément; qui voudrait se l'approprier devrait commencer par s'assimiler ce qui l'a produit, développé, bien loin de prétendre l'en détacher. Le troisième élément, quoique son contact et son intimité avec les deux autres éléments lui fassent perdre quelque chose de sa pureté et abaissent, en l'assouplissant, son caractère, s'offre avec plus d'avantage, comme un type qu'on peut reproduire avec plus ou moins de corrections. Mais que de soin il faut dans l'observation de sa nature et de sa portée! On ne saurait trop se mettre en garde contre toute idée préconçue, contre toute illusion, contre tout engouement; toute préoccupation est dangereuse.

Je ne saurais me défendre de l'idée que, parmi les panégyristes ardents de la Constitution des États-Unis, il en est qui se trompent et s'exposent à nous tromper, en s'enthousiasmant précisément de celles de ses dispositions que nous ne pourrions adopter sans dévier, sans compromettre des principes que nous avons laborieusement conquis et qu'il nous importe de maintenir.

Je me borne à une indication. En ce moment, en France, il y a, parmi nos publicistes, une tendance à dénaturer le rôle de notre pouvoir judiciaire; on voudrait, à titre de progrès, le faire, sans aucune réserve, juge de l'administration et des administrateurs; le principe de la séparation des pouvoirs est tenu pour une vieillerie avec laquelle il faut rompre, ou s'il est encore admis comme une vérité théorique, on le rejette dans l'application. Quelques-uns vont même jusqu'à soutenir qu'il serait opportun que le pouvoir judiciaire fût, à certaines conditions, juge du pouvoir législatif.

Cette opinion invoque un précédent qui n'a peut-être pas l'autorité qu'elle lui attribue.

La Constitution des États-Unis se différencie profondément des Constitutions européennes, dit-on, en ce qu'elle distingue le pouvoir constituant du pouvoir constitué, le souverain du

Digitized by Google

législateur. La souveraineté, en Amérique, est limitée parce qu'elle est déléguée; ce qui n'est pas dans la délégation reste en dehors des attributions du congrès et de toute entreprise d'usurpation. En Angleterre, au contraire, et je prends pour exemple une Constitution recommandée comme un modèle, la souveraineté est, à la vérité, divisée entre la royauté, la chambre des lords et la chambre des communes; mais quand les trois pouvoirs sont d'accord, ils ont, de fait, la souveraineté absolue; leur volonté, qui est réputée celle de la nation, ne rencontre aucune limite, aucune barrière. Elle peut être tempérée par les précédents, *moribus majorum*, par l'opinion. Si elle s'arrête, elle s'arrête librement; elle n'est pas arrêtée. En France, nos Constitutions successives depuis 1789 ont consacré l'omnipotence législative. La loi du lendemain peut violer et détruire la Constitution de la veille. Sans doute, la Constitution de 1791 contenait une déclaration de droits qu'elle proclamait supérieurs au pouvoir, et par conséquent inviolables.

Quelle était l'efficacité de cette reconnaissance? L'inviolabilité promise était dénuée de sanction. Aucune autorité judiciaire n'a jamais été chez nous investie du droit de ne pas appliquer une loi, par le motif qu'elle entamererait les droits garantis par la Constitution.

En Amérique, la cour fédérale, qui n'a pas le pouvoir d'annuler d'une manière générale un bill du congrès, qu'elle juge contraire à la Constitution, a le droit et le devoir de refuser de l'appliquer dans les procès dont elle est saisie. Ainsi le législateur américain n'a pas le pouvoir de tout faire. Ses empiétements sont paralysés, refrénés. Ce caractère spécial de la Constitution américaine, que M. Laboulaye a récemment signalé, est très-digne d'étude. — Quelle est son origine? Les causes dont il dérive n'ont-elles pas quelque chose de spécial qui les localise et les empêche de s'étendre? Théoriquement la Constitution des États-Unis résout-elle d'une manière satisfaisante pour la raison le problème de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir constitué, de la souveraineté nationale et du pouvoir législatif? L'union américaine n'est pas une simple confédération d'États indépendants. L'union suppose une nationalité commune, un gouvernement central, une suprématie dont tous les États-Unis relèvent. Si elle n'ex-

Digitized by Google

clut pas la conservation de chacun des États qu'elle relie, la conservation de quelques-unes des prérogatives de la souveraineté, elle implique au moins l'établissement d'une souveraineté unitaire, qui borne l'indépendance de souverainetés particulières et la domine dans la sphère des intérêts de la communauté. C'est le difficile problème de ne constituer qu'un seul peuple, en n'abdiquant pas tout droit sur elles-mêmes, que treize colonies, se séparant définitivement de la métropole, par la déclaration du 4 juillet 1776, ont eu à surmonter, et auquel la Constitution du 4 mars 1789 a eu pour objet et, on peut le dire aujourd'hui, pour résultat, de faire face. Les États, bien qu'ils fissent plus que se confédérer, réservaient à leur propre souveraineté ou à la souveraineté privée des citoyens les droits dont ils ne dotaient pas la souveraineté générale qu'ils construisaient. C'est bien là ce que constate l'article 10 des amendements à la Constitution ratifiés le 15 décembre 1791.

« Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par « la Constitution ni interdits par elle aux États, sont réservés « aux États et au peuple. »

N'est-ce pas parce qu'il y a en Amérique des souverainetés qui se meuvent ou au-dessous, ou à côté de la souveraineté centrale, qu'on a pu songer à énumérer taxativement les attributions de cette dernière souveraineté? Des colonies, devenues indépendantes, acceptent l'idée d'une union qui doit leur faire perdre une portion des droits conquis; elles ont été naturellement en mesure de dicter leurs conditions, et leur abdication n'a été que partielle.

Si le résultat annoncé, la restriction de la toute-puissance législative, est une réalité, pourrait-il se produire en dehors des faits accidentels qui en fournissent l'explication locale?

Mais le résultat auquel on applaudit n'est-il pas plus apparent que réel? La Chambre des représentants, le Sénat, le président ne sont-ils que les mandataires du peuple, strictement renfermés dans le cercle d'un mandat limité?

Envisageons la condition de ceux qui, dans le système dont la Constitution des États-Unis serait l'expression rationnelle, auraient le rôle de mandants.

Ont-ils, comme un droit propre, comme un droit naturel, la souveraineté, sauf à déléguer à des pouvoirs créés par eux

Digitized by Google

celles de ces prérogatives dont ils ne pourraient avec avantage, pour l'intérêt commun, garder personnellement l'exercice? Non.

Recueillons sur ce point le témoignage de M. Laboulaye :

« Qu'est-ce donc que l'électorat?

« C'est une question qui, pendant la première révolution française, embarrassa singulièrement nos pères. Sous l'influence des idées de Rousseau et de Mably, ils voyaient dans le droit électoral un droit naturel absolu, que l'homme avait apporté en société. Chaque citoyen s'étant lié par une espèce de contrat pour constituer la société, chacun avait par conséquent apporté avec soi son droit de s'occuper des affaires sociales. Cette idée est particulière à la France. Ni en Angleterre, ni en Amérique, ni dans aucun autre pays du monde, on n'a supposé que le droit électoral fût un droit naturel. On n'y a vu qu'une fonction politique que chaque peuple règle à son gré, selon l'état social du moment et dans les conditions les plus variables. »

Si l'électorat n'est pas un droit naturel, s'il est une fonction, un mandat, qui confère cette fonction, ce mandat? C'est la Constitution qui détermine à quelles conditions l'électorat est acquis. C'est la Constitution qui établit que la Chambre des représentants des États-Unis serait nommée par les électeurs, qui, dans chaque État particulier, nommeraient la chambre la plus nombreuse de cet État; c'est la Constitution qui a décidé que, dans chaque État, les deux chambres composant la législature nommeraient les sénateurs; c'est la constitution qui a décidé que des électeurs nommés *ad hoc* et en nombre égal à celui que chaque État compte de représentants et de sénateurs au congrès fédéral, éliraient le président.

Chose singulière, la Constitution, qui est la limite et la mesure du pouvoir constitué, est aussi la source et la mesure du pouvoir constituant. Ce n'est pas tout. Dans aucun pays, d'après aucune loi électorale, le peuple n'est l'ensemble des habitants; les femmes, les mineurs sont frappés d'exclusion; tout le monde n'est donc pas représenté. Il est même à remarquer qu'en Amérique, c'est encore M. Laboulaye qui nous le dit, il y a une certaine variété dans les lois électorales; les conditions de l'électorat ne sont pas les mêmes partout; les élections fédérales subissent donc les effets de cette variété.

Digitized by Google

Comment dès lors affirmer que le congrès n'a qu'un mandat circonscrit, qui est l'œuvre de la souveraineté de tous, et que le pouvoir législatif des États-Unis n'est que le serviteur du peuple, qui est le vrai souverain? Le convenu et la fiction me semblent ici avoir une aussi grande part que dans nos Constitutions européennes.

J'ajoute que la Constitution des États-Unis est mobile, perfectible, que des amendements peuvent modifier les conditions de l'électorat. Ces amendements peuvent s'introduire, s'ils réunissent dans chacune des deux Chambres fédérales les deux tiers des voix et s'ils sont admis par les trois quarts des législatures des divers États. Ils trouvent encore place dans la Constitution lorsque les deux tiers des législatures particulières en prennent l'initiative; ce qui force le congrès à convoquer une convention, dont la résolution ne devient définitive qu'autant qu'elle est adoptée par les trois quarts des législatures des États.

Nous voyons toujours les pouvoirs constitués exercer une grande action sur la nature et l'étendue de ce qu'on appelle assez improprement un *mandat*.

Étrange mandat que celui où le mandataire a un plus grand rôle que le mandant!

La souveraineté sociale ne dérive pas d'un contrat; elle s'impose parce qu'elle est une condition essentielle de toute société; elle n'a pas toujours les mêmes dépositaires; elle se déplace suivant les circonstances et surtout suivant les besoins.

Il est au moins oiseux de rechercher son origine; mais il est très-utile de déterminer sa limite et surtout les moyens efficaces d'assurer le respect de cette limite.

M. Laboulaye reproche aux auteurs de la Constitution de 1791 d'avoir doté le pouvoir législatif d'une souveraineté absolue, s'étendant à tous les intérêts, et cela sous le prétexte qu'il représenterait la volonté universelle, l'ensemble des volontés particulières; tandis qu'en Amérique la souveraineté n'a qu'un domaine restreint, un domaine politique, qu'elle n'est que la volonté générale appliquée aux intérêts communs.

« Or les intérêts communs, dit M. Laboulaye, ne sont pas tout; il existe en dehors d'eux des droits individuels sur lesquels la volonté générale n'a pas d'empire. »

Que la Constitution de 1791 n'ait pas organisé de moyens

Digitized by Google

sûrs pour limiter le pouvoir législatif et l'emprisonner dans une sphère d'action plus ou moins définie, je le veux bien reconnaître; mais j'affirme qu'elle a tenté de faire le départ entre la souveraineté sociale et la souveraineté individuelle. C'était l'objet de la célèbre déclaration des droits. — Le but n'a pas été atteint, soit. — Eût-il pu l'être? — Oui, répond M. Laboulaye, qui cite l'exemple de l'Amérique.

Les Américains ont établi une autorité qui maintient dans l'obéissance le législateur lui-même. Cette autorité, c'est le pouvoir judiciaire. Aux États-Unis, le pouvoir judiciaire est un pouvoir politique, qui est la garantie de la Constitution. Il n'accorde pas sa sanction aux lois qui s'écartent de cette *loi des lois, lex legum;* il refuse d'appliquer toute disposition inconstitutionnelle. Il est donc, à ce point de vue, le juge de la loi qui est invoquée contre le justiciable. — Il en est le juge, non pas d'une manière générale et en ce sens qu'il soit le maître d'en prononcer la nullité, mais dans l'espèce sur laquelle il doit statuer, et en ce sens qu'il maintient le droit qu'elle viole.

Ce pouvoir, qui bride ainsi non-seulement le pouvoir exécutif, mais le pouvoir législatif, doit réunir de bien fortes conditions d'indépendance, c'est la cour fédérale qui le personnifie.—Je demande bien vite comment et par qui sont nommés les membres de cette cour, vigilante et invincible gardienne de la Constitution. Ces importants magistrats, ces défenseurs de l'*arche sainte*, doivent leur titre au pouvoir exécutif, au président de la République, qui ne les institue qu'avec l'aveu du Sénat; ils ne peuvent être destitués que pour faits graves déférés par la Chambre des représentants au Sénat.— « Les juges fédéraux, observe M. Laboulaye, sont donc tout à fait indépendants du peuple. » Je ne le conteste point. — Sont-ils aussi indépendants de ceux dont ils tiennent leur nomination? Voilà ce qui soulèverait le doute, si l'on ne s'attachait qu'au caractère rationnel de la garantie, si l'on faisait abstraction du milieu dans lequel elle est établie, si l'on ne comptait sur l'esprit et les mœurs du pays auquel elle s'applique.

M. Laboulaye lui-même nous apprend qu'on avait d'abord projeté de faire nommer les magistrats par le Sénat, sans le concours du président, et qu'on abandonna cette idée parce que *le Sénat aurait mis la justice entre les mains d'hommes à*

Digitized by Google

lui, et qu'il y aurait eu là un autre élément qu'un élément de gouvernement.

C'est encore M. Laboulaye qui écrit : « *Justice et politique n'ont rien de commun.* » — J'entends cette proposition en ce sens que si la politique doit se subordonner à la justice, la justice ne doit en rien relever de la politique, et que, si le législateur ne peut appliquer la loi qu'il fait, le juge ne peut guère être placé au-dessus de la loi, dont l'application lui est confiée. Un pouvoir appelé à contenir le législateur, à réprimer ses empiétements, ne peut-il être tenté d'empiéter lui-même ? S'il abuse de sa compétence et paralyse des lois constitutionnelles, quels seront le remède et le frein?

Je lis aussi dans M. Laboulaye : « Les Américains ont, par un sentiment très juste, décidé que leurs magistrats ne feraient pas partie de leurs assemblées, et dès qu'un homme est nommé juge, il se retire complétement de la vie active. » N'est-ce pas faire entrer par une autre porte le magistrat dans la vie active que le faire arbitre des controverses dont le pacte constitutionnel est l'objet?

Sous notre ancienne monarchie, les parlements en France revendiquaient et exerçaient quelquefois un droit de *veto;* ils se présentaient aussi comme les gardiens des lois fondamentales. Ils paralysaient, par le refus d'enregistrement, le pouvoir législatif de la royauté. N'ont-ils pas souvent entravé l'action bienfaisante et l'esprit progressif du pouvoir, dont ils avaient la prétention d'empêcher les abus?

Ce qu'enseigne M. Laboulaye, sur la valeur de l'organisation aux États-Unis de la justice, comme pouvoir politique, obscurcit pour moi la théorie de l'ingénieux publiciste, sur la souveraineté sociale.

Je lis dans la leçon qu'il consacre aux Constitutions françaises : « Nous avons donc besoin d'aller à l'école de l'Amérique pour apprendre qu'une Constitution n'est pas une confiscation de la vie nationale au profit d'une ou deux Chambres, mais simplement une loi qui, réservant la souveraineté nationale et ne la déléguant jamais dans son entier, organise les pouvoirs publics dans des limites déterminées et voit dans ces limites les garanties de la liberté. »

Je comprends que c'est le peuple qui est souverain, qu'il élit des serviteurs et non des maîtres, qu'il ne délègue que

Digitized by Google

l'exercice d'une partie de ces droits, ceux qu'il ne peut exercer par lui-même et directement, mais que la souveraineté elle-même est incessible.

Dans une autre leçon, la leçon sur le pouvoir judiciaire, M. Laboulaye critique Jefferson, parce qu'il *pensait que le peuple n'est souverain qu'à la condition que tous les fonctionnaires reviennent à certaines époques devant lui.* — Il reproche à cette opinion, qui est celle des logiciens à outrance, de confondre deux choses distinctes : le pouvoir du peuple et la liberté.

« Dire qu'un peuple peut tout faire, ajoute-t-il, cela ne veut pas dire qu'un peuple soit libre, et l'on peut être certain que plus on donne un pouvoir actif au peuple, moins il a de liberté. Vous pouvez donner au peuple un rôle actif, lui créer des occupations constantes dans son gouvernement ; vous ne lui donnerez pas pour cela la liberté. — Le pouvoir du peuple n'est que le règne d'une majorité, ce n'est pas le règne de la liberté. »

J'acquiesce à toutes ces judicieuses remarques, qui ne sont que la tradition des idées de Montesquieu. Seulement j'arrive à cette conclusion que la liberté et la souveraineté populaire sont deux choses distinctes, qui peuvent se concilier sans doute, mais qui, suivant les temps et les lieux, peuvent s'exclure.

M. Laboulaye a ainsi parlé, pour justifier le principe de l'inamovibilité du juge :

« Si l'anamovibilité judiciaire doit donner la meilleure justice possible, comment peut-il y avoir une souveraineté qui soit contraire à la meilleure justice possible ? Quel droit au monde peut empêcher un peuple de se faire rendre la justice de la meilleure façon possible ?

M. Laboulaye n'a-t-il pas à craindre que des logiciens, sans être des logiciens à outrance, lui objectent que si, eu égard aux circonstances, le meilleur législateur est celui qui ne tient pas son pouvoir d'un mandat populaire, mais celui qui n'est élu que par un très-petit nombre d'électeurs, devant leur titre au privilége de la fortune, aucun droit au monde ne peut empêcher un peuple de se laisser faire des lois de la meilleure façon possible.

Ce que je voudrais dire seulement, c'est que l'organisation

Digitized by Google

de la souveraineté sociale n'est soumise à aucunes formes fixes; qu'elle ne s'identifie pas, quel que soit le mode suivant lequel elle est établie, avec la liberté dont la protection est le but légitime; qu'elle ne dépend invariablement que de la raison et de la justice, qui n'ont pas eu toujours et partout les mêmes procédés pour prévaloir; que si la délégation populaire du pouvoir législatif est, dans certaines conditions de civilisation, un efficace moyen de garantir les droits individuels et incessibles de l'homme, ce moyen n'a rien d'absolu, d'exclusif, qu'il est lui-même plein de variété et d'élasticité dans ses applications. — En d'autres termes, la souveraineté sociale, permanente et nécessaire dans son principe, est contingente dans son expression. — Absolue de fait, parce qu'il est nécessaire que les questions puissent être résolues définitivement, elle ne l'est pas de droit, puisqu'elle est faillible. Sans doute le juge américain ne juge la loi qu'incidemment à un litige, et seulement dans les limites des nécessités de ce litige; il ne prend pas l'offensive contre la loi; il est obligé en quelque sorte de l'attendre, de la laisser venir à lui; il n'a sur elle qu'un pouvoir indirect, pour un cas particulier, dans un intérêt individuel, et parce que ce cas particulier, cet intérêt individuel réclame une solution. Placé entre la loi et la Constitution, mis en demeure d'appliquer l'une ou l'autre, le juge américain a le droit et le devoir de préférer la constitution à la loi. Il semble donc qu'il ne sort pas de ses attributions judiciaires, et après tout, s'il interprète mal la Constitution, en sacrifiant la loi, le peuple, c'est-à-dire le congrès ou la majorité des États, triomphera de la mauvaise interprétation par un changement dans la Constitution. Le pouvoir constituant restera donc au-dessus du pouvoir judiciaire.

Qu'importe que le juge n'ait pas d'initiative contre la loi, et qu'il ne puisse aller au-devant d'elle, armé d'un pouvoir absolu de destruction? Faible, il restera en deçà de son droit et de son devoir; fort, il ira au delà. Quant au remède, la révision ou l'amendement de la Constitution contre les empiétements judiciaires, c'est un remède extrême et pourtant assez peu efficace, si le juge garde toujours, pour les contestations dont il sera saisi, une autorité supérieure à celle du congrès.

Digitized by Google

Enfin n'avons-nous pas vu que l'appel au pouvoir constituant n'était qu'un appel à un pouvoir, constitué lui-même par la Constitution? A. BERTAULD.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF [1].

Par M. Batbie,
ancien auditeur au Conseil d'État,
Professeur à la Faculté de droit de Paris, avocat à la Cour impériale.

Compte rendu par M. G. Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale.

M. de Broglie, dans un écrit publié en 1829, à l'occasion de l'*Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, de M. Macarel, demandait l'attribution aux tribunaux de l'ordre judiciaire de ce que l'on appelle aujourd'hui le contentieux administratif. L'éminent homme d'État ne voulait réserver à l'autorité administrative d'autre droit que celui de statuer sur les questions d'administration pure.

Le système proposé par M. de Broglie n'a pas triomphé. Le contentieux administratif n'a point été attribué à la juridiction civile. En dépit des attaques dont elle a été l'objet, des préventions qu'elle a soulevées, en dépit aussi des efforts maladroits de la plupart de ses défenseurs, la juridiction administrative s'est affermie peu à peu.

Les inconvénients principaux que M. de Broglie signalait en 1829 et dont il argumentait à l'appui de la thèse qu'il entendait faire prévaloir, ont d'ailleurs disparu pour la plupart. Et si la justice administrative peut être encore à certains points de vue l'objet de critiques fondées, il faut reconnaître que la majeure partie des attaques dirigées contre elle pourraient, étant donné l'état actuel des choses, s'appliquer avec tout autant de fondement aux tribunaux de l'ordre civil.

[1] Sept volumes in-8°, Cotillon, éditeur.

Digitized by Google

Si l'on en excepte le ministre, auquel est attribué le rôle de juge de droit commun en matière de contentieux administratif, les magistrats de l'ordre administratif, chargés de trancher les questions contentieuses, constituent de véritables tribunaux, qui tendent à s'isoler de plus en plus de l'administration proprement dite; et ces tribunaux, à part l'inamovibilité, qui, en somme, dans un pays où le juge peut obtenir de l'avancement, est surtout un avantage pour le magistrat, présentent aux plaideurs les mêmes garanties d'impartialité et de bonne justice que les juridictions civiles.

Le mode de recrutement des conseils de préfecture vaut bien le mode de recrutement actuel des tribunaux d'arrondissement. La composition du Conseil d'État auquel appartient, en définitive, sinon directement, au moins indirectement, grâce à la théorie de l'excès de pouvoir, le dernier mot dans toutes les affaires administratives, est infiniment supérieure à celle de quelque corps judiciaire que ce soit. L'élément juridique se combine dans ses rangs de la manière la plus heureuse, à l'élément pratique. Le jurisconsulte et l'administrateur s'y font mutuellement contre-poids. La procédure qui joint au bénéfice sérieux de l'instruction écrite les avantages du débat oral, de la publicité des audiences, de l'assistance d'un représentant du ministère public, donne satisfaction à tous les intérêts.

La juridiction du ministre comme juge du contentieux administratif laisse seule (car nous ne parlons pas des préfets et des maires dont les attributions contentieuses sont de minime importance) beaucoup à désirer. Elle prête le flanc aux critiques les plus sérieuses, d'abord parce qu'il est de notoriété que le ministre, chargé de mille autres soins, ne juge point et ne peut juger effectivement l'affaire à lui déférée, dont la solution dépend d'employés subalternes; ensuite et surtout, parce que, devant le ministre, il n'y a pas de procédure, parce qu'il n'y a pas de jugement proprement dit; que les décisions ministérielles peuvent se présenter sous les formes les plus diverses, que le ministre n'est pas sérieusement tenu de les motiver; que même, et dans une certaine mesure, il peut se dispenser de statuer.

En admettant qu'une affaire puisse être dans des bureaux bien instruite et bien jugée — et c'est fort contestable — tou-

Digitized by Google

jours est-il quelles apparences, les formes extérieures de la justice font défaut. C'est un mal. Justice, disait Ayrault, justice n'est que formalité. Ayrault avait raison. Nous sommes moins qu'homme du monde amateur de ces procédures surannées où se complaisaient nos vieilles cours de justice, de cet entassement de formalités, de dits et contredits, dupliques, tripliques, significations, ajournements, réajournements, etc., etc.; inventés par les praticiens du Châtelet pour gonfler les sacs, et allonger les états de frais; nous ne pensons pas que la justice gagne à être entravée dans sa marche par les replis de la chicane : mais si nous demandons la suppression des abus de la procédure, nous croyons que c'est à tort que l'école nouvelle réclame la suppression absolue de la procédure elle-même. Une réforme trop radicale en ce sens serait nuisible au plaideur, porterait préjudice aux véritables intérêts de celui-ci. Si la procédure peut, en quelques occurrences, retarder la solution des procès; elle est, en réalité, dans la plupart des cas, une garantie pour le justiciable qu'elle protége contre la mauvaise foi et les surprises des adversaires; pour le juge lui-même qu'elle protége contre ses propres entraînements, qu'elle oblige à la circonspection, qu'elle contraint à se souvenir, quoi qu'il en ait, de l'importance et de la gravité de la mission qu'il remplit.

A ce premier point de vue déjà l'absence de procédure devant le ministre est regrettable. Elle est regrettable aussi parce qu'aux yeux du justiciable l'autorité d'un juge qui, comme le ministre, statue sans procédure, est absolument nulle. La partie dont les réclamations auront été rejetées par une décision préparée dans les bureaux, sans instruction, au moins apparente, sans débats, sans publicité, sans aucun de ces éléments que le plaideur a pris l'habitude de considérer comme essentiels à toute justice et à tout jugement, sera nécessairement portée à penser que ses droits ont été sacrifiés, que ses prétentions n'ont point été examinées avec tout le soin, avec toute la sollicitude que doit le juge aux affaires à lui soumises. Le soupçon viendra parce que le contrôle n'aura point été possible. Et par suite le ministre, quelle que soit son impartialité, ne sera jamais un bon juge. Car un tribunal n'est point bon seulement par ce qu'il est, mais par ce qu'il paraît être. Il importe sans doute que les décisions de la justice soient bien rendues et juridiques, mais il

Digitized by Google

est important aussi que le justiciable les croie justes. Il faut que la partie ait confiance dans celui qui la juge : le prestige et la considération du magistrat forment la meilleure partie de sa sentence. Faire du ministre le juge du droit commun en matière de contentieux administratif, est donc une erreur. Le recours au Conseil d'État ouvert contre les décisions du ministre rend l'inconvénient moins grave, sans toutefois le faire disparaître. L'attribution aux conseils de préfecture des fonctions de juge du droit commun en matière contentieuse, sauf à conserver au ministre la connaissance de quelques affaires spéciales, ou à charger le Conseil d'État de les juger en premier et dernier ressort, est une réforme nécessaire et à laquelle, malgré la routine, il faudra tôt ou tard arriver.

Il serait également fort utile que les limites exactes du contentieux administratif et de l'administration pure fussent bien indiquées. Quels actes donnent lieu au recours par voie contentieuse; c'est là peut-être de toutes les questions du droit administratif la plus délicate. L'explication des principes du contentieux administratif présente des difficultés du caractère le plus sérieux et dont l'examen attentif de la jurisprudence du Conseil d'État indique l'exceptionnelle importance. Il y a là une incertitude qui doit cesser et qui est digne d'attirer toute l'attention du législateur.

Le nouveau volume que vient de publier M. Batbie contient, avec l'explication des matières de l'expropriation, des travaux publics, des dettes de l'État, l'exposé doctrinal de cette partie si intéressante de notre législation. C'est le couronnement de l'œuvre que M. Batbie avait commencée, il y a six années, et dont il a depuis lors énergiquement poursuivi la publication.

Le travail entrepris par M. Batbie est terminé; il est permis aujourd'hui d'y jeter un coup d'œil d'ensemble, de l'apprécier dans son entier.

A la différence de la plupart des livres, le traité théorique et pratique de droit public et administratif tient plus qu'il ne promet. Il fera époque dans l'histoire de la science administrative.

Les travaux qui jusqu'à ce jour ont été publiés sur l'ensemble du droit administratif peuvent se diviser en deux classes principales, les livres écrits pour les étudiants et les livres

Digitized by Google

écrits pour les praticiens; les traités qui émanent de gens voués à l'enseignement du droit, et les manuels qui sont l'œuvre d'hommes appelés par les fonctions qu'ils exercent à faire ou préparer l'application des lois administratives. Les premiers sont en général peu disposés à descendre de la hauteur des principes jusqu'aux menus détails de la pratique, assez dédaigneux de la jurisprudence administrative à laquelle ils reprochent volontiers insuffisance de motifs, et toujours entraînés à se maintenir sur le terrain des généralités. Les seconds sont, au contraire, portés à négliger la science proprement dite, soucieux qu'ils sont avant tout des difficultés spéciales que peut soulever dans la pratique des affaires l'interprétation des textes, désireux de donner à ces difficultés les solutions qu'elles comportent, et plus empressés de rendre, aux lecteurs, les recherches faciles, qu'à s'inquiéter par trop des exigences de la logique. De là, chez eux, disposition à se cantonner sur le terrain des traités spéciaux et ne faire, lorsqu'ils s'attaquent à l'ensemble du droit administratif, que réunir et coordonner une collection de monographies. Les uns et les autres, à raison de l'esprit qui anime et inspire leurs travaux et du but spécial qu'ils poursuivent, se laissant aller à restreindre plutôt qu'à élargir le cercle dans lequel ils se meuvent, à expliquer la loi en vigueur plutôt qu'à en indiquer les lacunes et à rechercher les moyens de les combler.

Ajoutez à ces travaux quelques ouvrages conçus dans un esprit tout opposé, dont le droit administratif n'est que le prétexte, pamphlets politiques avant tout, où la science n'a que fort peu de part, et où l'on critique les institutions administratives sans se donner la peine de les étudier.

Sauf de fort rares exceptions, et à part quelques œuvres d'un caractère particulier et d'ailleurs fort peu nombreuses, comme les travaux de M. Serrigny sur la compétence administrative, le livre de M. Bouchené-Lefer (Principes et notions élémentaires du droit administratif) ou les études de M. Vivien, les auteurs qui se sont occupés de droit administratif se sont mépris sur la voie qu'ils devaient suivre, ou se sont arrêtés à moitié route.

Et en effet, un traité de droit administratif ne doit point être seulement une explication plus ou moins détaillée des textes ou règlements en vigueur aujourd'hui, un exposé plus ou moins complet des institutions politiques et administratives du pays.

Digitized by Google

Qu'il faille que cette explication tienne dans le livre une grande place, la plus grande place, c'est évident; mais en l'état, ce n'est rien faire ce n'est du moins pas faire assez que de s'en tenir là. Ce serait une faute que de vouloir commenter les lois administratives de la France, comme on commente le Code Napoléon. A la différence du droit civil, qui, certainement, peut être encore l'objet d'améliorations, mais dont les principes sont fixés, ou à peu près, le droit administratif en France en est à la période de formation. Nous avons des lois et des institutions administratives, nous n'avons pas encore de corps de droit. En matière administrative, le législateur tâtonne. Un besoin se manifeste, un embarras se fait sentir, une nécessité surgit, on y pare le mieux qu'on peut par une disposition nouvelle; mais pendant qu'on règle minutieusement le détail, on hésite à dégager et poser les principes généraux. Le droit administratif français se compose de quantité de textes, réglant une infinité de questions particulières, appartenant à des époques différentes, inspirés par un esprit différent, quelquefois contradictoires, en tous cas sans liaison entre eux, édictés dans le but de donner satisfaction aux intérêts et aux tendances du moment, de décisions émanées des juridictions administratives, du tribunal des conflits, surtout du Conseil d'Etat. Ces décisions forment, en matière administrative, comme une sorte de droit prétorien, qui vient suppléer à l'insuffisance ou l'obscurité de la loi écrite, la compléter, quelquefois en atténuer les effets irritants, ou en corriger les imperfections. Swift attaque avec beaucoup de verve cette manie qu'ont les juristes d'entasser dans les greffes toutes les décisions rendues, même celles que l'ignorance a dictées; ces précédents avec lesquels, dit-il, on justifie tout. Les précédents judiciaires ont partout et toujours de l'importance; ce sont, en même temps que le commentaire le plus éloquent des textes qu'ils appliquent, un des éléments les plus sérieux que puisse prendre en considération le législateur à venir; plus que chose au monde ils contribuent à faire connaître les avantages ou les inconvénients d'une législation. Les arrêts du Conseil d'Etat présentent presque autant d'intérêt que les textes eux-mêmes, ils forment l'une des branches les plus importantes de la législation administrative.

Mais le travail de fusion de tous ces éléments divers reste encore à faire; les matériaux du droit administratif sont à pied

Digitized by Google

d'œuvre, il faut les coordonner, les lier ensemble, faire sortir de cet amalgame une règle précise. En droit civil, le travail du jurisconsulte doit consister surtout à déduire les conséquences du principe connu, et en faire l'application aux espèces particulières. A l'inverse, en matière administrative, il faut conclure de la conséquence, du cas particulier prévu et réglementé, à la règle générale encore indécise et mal dégagée. Il faut déduire le principe des applications pratiques qui en ont été faites.

Cet état de la législation administrative impose à l'auteur qui entreprend la publication d'un traité de droit administratif une tâche des plus difficiles, car il lui faut non-seulement expliquer le jeu des institutions actuellement existantes, mais aussi préparer la législation future, tracer au législateur la voie qu'il doit suivre, en lui faisant connaître tout à la fois ce qui a été, ce qui est, ce qui doit être. En un mot, l'auteur doit faire à la fois un livre de droit et une œuvre de législation.

C'est ce qu'a merveilleusement compris M. Batbie ; il a rompu résolûment, dans son *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, avec la tradition de ses devanciers. Sa préoccupation constante a été de mettre sous les yeux du lecteur tous les documents qui pouvaient directement ou indirectement, non-seulement au point de vue de l'application pratique des lois en vigueur, mais aussi et surtout au point de vue plus élevé de la législation, contribuer à éclairer la matière délicate qu'il entreprenait de traiter.

Quelles que soient les modifications profondes qu'ait éprouvées une institution, il reste toujours en elle quelque trace de ce qu'elle était à l'origine. Les lois politiques et administratives de la France sont moins des créations nouvelles, que des institutions déjà vieilles qu'on s'est efforcé d'adapter à la société moderne, et de mettre en rapport avec les aspirations et les tendances d'aujourd'hui. M. Serrigny a démontré que le régime politique sous lequel nous vivons était emprunté aux dernières années, à la période de décadence de l'empire romain ; d'autre part une grande partie des règlements qu'appliquent aujourd'hui encore les tribunaux administratifs datent de l'ancienne monarchie ; les institutions même qui ont disparu en apparence et contre lesquelles l'esprit révolutionnaire a lutté avec le plus d'énergie, et qu'il a cru détruire à jamais se sont perpétuées dans la

Digitized by Google

tradition administrative, et ne laissent pas de produire encore indirectement effet. Il est donc indispensable pour bien comprendre le fonctionnement de nos autorités administratives de savoir ce qu'elles ont été autrefois. Pareille étude est délicate, et lorsqu'on ne veut pas faire seulement œuvre d'archéologue, mais aussi œuvre de jurisconsulte, elle demande autre chose que du travail et de la persévérance. Chacun des chapitres du livre de M. Batbie est précédé d'une introduction historique étendue, chacun des textes qui depuis l'origine de la monarchie ont réglementé la matière dont l'auteur s'occupe sont soigneusement classés et analysés; et ce travail présente d'autant plus d'intérêt qu'il a été jusqu'à ce jour fait avec moins de soin. L'histoire politique du pays a fait, en maintes circonstances oublier son histoire administrative, assez importante cependant pour qu'on n'en perde point le souvenir. L'étude des institutions administratives de la période républicaine n'a point été non plus approfondie avec toute l'attention qu'elle méritait. Que de textes dont on torture le sens et dont il serait si facile de déterminer la portée réelle si l'on ne négligeait volontairement ou involontairement d'en étudier l'histoire. Le soin que M. Batbie a porté à ses exposés historiques lui a permis souvent de donner à des questions controversées une solution qui sera définitive, en même temps qu'elle l'a mis en mesure d'éclairer d'un jour tout nouveau certaines parties de notre droit administratif jusqu'ici restées obscures.

M. Batbie ne s'est pas borné à comparer nos institutions actuelles avec celles de la France d'avant 1789; il a pensé que s'il était intéressant de constater le progrès réalisé, il était bon aussi de mesurer toute la grandeur du progrès qui reste à faire. Après avoir examiné, au point de vue de la doctrine et de la jurisprudence, notre législation administrative, il l'a rapprochée des lois politiques et administratives des principaux États de l'Europe, de l'Angleterre, de la Belgique, de l'Espagne, etc., voire même de la législation des États-Unis et du Brésil; si bien que le livre de M. Batbie est, en réalité, une explication complète et approfondie du droit public, constitutionnel et administratif européen. Cette étude de législation comparée présente le plus haut intérêt; on en devrait recommander la lecture à tous ces honnêtes gens qui se figurent que la France n'a rien à apprendre de l'étranger, et que les

Digitized by Google

institutions dont elle est dotée sont le dernier mot du progrès et de la civilisation.

La partie du livre où M. Batbie expose ce qu'il appelle les droits publics, égalité civile, liberté individuelle, inviolabilité de la propriété, secret des lettres, et qu'il distingue avec soin des droits politiques, mérite surtout d'être étudiée. Il était impossible de condenser sous une forme plus brève et plus saisissante l'exposé général de ces grands principes, de ces droits de l'homme, que chaque nation dans sa législation politique a toujours plus ou moins méconnus, mais que le législateur français a entourés de tant de restrictions qu'on pourrait affirmer, qu'en France, si ces droits sont reconnus en théorie, l'exercice en est pratiquement impossible.

Enfin M. Batbie a joint à son *Traité de droit public et administratif* un abrégé des notions principales, des sciences qu'il appelle avec raison les sciences auxiliaires de l'administration : l'économie politique et la statistique : et il a formulé en quelques brefs chapitres, sur chaque matière spéciale, ses observations critiques et ses conclusions. L'étude approfondie de la législation française, ancienne et moderne, comparée aux législations étrangères, a permis à M. Batbie d'indiquer avec autorité les réformes qui sont nécessaires, de signaler les améliorations qu'il faut réaliser, les abus et les erreurs qu'il faut détruire. La partie critique du traité de M. Batbie est à nos yeux la partie la plus importante peut- être de l'œuvre considérable que le savant professeur vient de terminer. Elle contribuera plus qu'aucun autre élément à l'élaboration définitive du droit administratif en France.

En résumé, telle est la méthode adoptée par M. Batbie dans son *Traité de droit public et administratif*, que ce livre peut servir tout à la fois de guide au praticien et à l'administrateur qui est chargé d'appliquer la loi, en même temps qu'il peut fournir au législateur les connaissances nécessaires pour la réformer utilement.

G. DEBACQ.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

Par M. Charles Hérisson,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

DES OBLIGATIONS DE LA BANQUE EN CAS DE PERTE OU DE DESTRUCTION DE SES BILLETS.

Un arrêt de la Cour impériale d'Alger, rendu le 4 mars 1865 (Sir., 1865, 2, 155), avait décidé que le propriétaire d'un billet de banque pouvait en exiger le payement bien qu'il ne le représentât pas, s'il prouvait l'avoir perdu par cas fortuit ou force majeure. Il s'agissait dans l'espèce d'un certain nombre de billets de la banque d'Algérie, autorisée et privilégiée par la loi du 4 août 1851; ces billets avaient été mis à la poste par des négociants de Marseille pour être transmis à d'autres négociants d'Alger, confiés par l'administration des postes au bateau *l'Atlas;* ils avaient péri avec ce bateau. Les expéditeurs indiquaient les numéros d'ordre et de série des billets.

La Chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt le 8 juillet dernier (Sir., 1867, 1, 317) et posé en principe que la banque d'Alger était affranchie de toute obligation vis-à-vis des négociants de Marseille qui ne représentaient pas les billets.

Il serait superflu d'insister sur l'importance et la gravité de cette décision; rendue au profit de la banque d'Algérie, elle s'applique tout aussi bien à la banque de France. On sait, en effet, que celle-ci jouit, depuis la loi du 24 germinal an XI, du privilége d'émettre des billets, privilége concédé en 1851 seulement à la banque d'Alger, et le dernier état de situation de la banque de France a constaté qu'au 5 mars 1868 ses billets au porteur en circulation s'élevaient à une somme atteignant presque 1 milliard 200 millions. (*Monit.* du 6 mars.)

Nous nous proposons d'examiner la doctrine de l'arrêt de cassation, de la mettre en présence des principes généraux du droit de l'application de ces principes faite jusqu'ici par la jurisprudence, et de nous demander si, inspirée par le louable

Digitized by Google

désir de ne point troubler les conditions de confiance et de sécurité indispensables à la banque, elle est conforme à l'équité et commandée par la nécessité des choses.

Les caractères essentiels et particuliers du billet de banque sont d'être payable au porteur, c'est-à-dire à quiconque le présente au remboursement, sans qu'il soit nécessaire de produire la signature d'un cédant, et d'être payable à vue, c'est-à-dire à toute présentation et sans aucune détermination d'échéance; mais à part ces deux conditions, le billet de banque n'est pas autre chose qu'un billet ordinaire. Rien ne serait plus faux que de l'assimiler à la monnaie. Il en tient lieu dans la pratique, à cause de la confiance qu'il inspire; mais en réalité ce n'est qu'un billet contenant promesse de payer; c'est un titre de créance : il n'a pas de valeur propre.

D'après les principes ordinaires, la perte du titre de l'*instrumentum*, c'est-à-dire de l'acte qui contient la preuve d'un droit, n'entraîne point nécessairement la perte de ce droit. Notre législation renferme, au contraire, toute une série de dispositions destinées à venir au secours du créancier qui a été la victime d'un cas fortuit ou d'un événement de force majeure. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1335 du Code Napoléon, lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes : 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque. 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par l'un de ses successeurs ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi si elles ont plus de trente ans et servir de commencement de preuve par écrit si elles sont moins anciennes. 3° Lorsque les copies tirées sur la minute ne l'ont pas été par le notaire qui a reçu l'acte, par un de ses successeurs ou par les officiers publics dépositaires des minutes, elles peuvent servir de commencement de preuve par écrit. 4° Les copies de copies peuvent, suivant les circonstances, servir de renseignements.

Digitized by Google

Enfin, d'après l'article 1336, la transcription d'un acte sur les registres publics peut servir de commencement de preuve par écrit.

D'un autre côté, l'article 1348 du même Code décide en principe que la preuve d'une obligation, alors même que cette obligation dépasserait 150 fr., pourra se faire par témoins au cas où le créancier aura perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant de force majeure.

Le Code de commerce a prévu aussi la perte d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, et il contient à cet égard trois articles ainsi conçus :

Art. 150. — « En cas de perte d'une lettre de change non acceptée, celui à qui elle appartient peut en poursuivre le payement sur une seconde, troisième, quatrième, etc. »

Art. 151. — « Si la lettre de change perdue est revêtue de l'acceptation, le payement ne peut être exigé sur une seconde, troisième, quatrième, etc., que par ordonnance du juge et en donnant caution. »

Art. 152. — « Si celui qui a perdu la lettre de change, qu'elle soit acceptée ou non, ne peut représenter la seconde, troisième, quatrième, etc., il peut demander le payement de la lettre de change perdue et l'obtenir par l'ordonnance du juge en justifiant de sa propriété par ses livres et en donnant caution. »

Ces dispositions ont été inspirées au rédacteur du Code de commerce par l'ordonnance de 1673 (art. 18 et 19), mais cette ordonnance ne s'occupait pas seulement de la lettre de change ou du billet à ordre, son article 19 comprenait aussi le billet au porteur dont le Code de commerce n'a point parlé. Cet article 19 disait : « Au cas que la lettre adirée soit payable *au porteur* ou à ordre, le payement n'en sera fait que par ordonnance du juge et *en baillant caution* de garantir le payement qui en sera fait. » Il assimilait donc, en cas de perte, le propriétaire d'un billet au porteur à celui d'un billet à ordre et lui permettait, en prouvant sa propriété, d'obtenir payement moyennant caution.

Si cette disposition était encore en vigueur ou si elle avait été reproduite par le Code de commerce, elle aurait fourni un assez redoutable argument contre la thèse qui a triomphé devant la chambre civile. Mais un arrêt de la chambre des re-

Digitized by Google

quêtes, du 5 décembre 1837 (Sir., 1838, 1, 329), a jugé qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il avait été statué par le Code de commerce avaient été abrogées et parmi elles les dispositions de l'article 19 du titre 5 de l'ordonnance de 1673, relatives à la partie des billets au porteur.

Si grande et si positive qu'ait été la sollicitude du législateur français pour le propriétaire d'un titre anéanti ou perdu, si soucieux qu'il se soit montré de protéger l'ayant droit dans toutes les hypothèses diverses où la représentation du titre est devenue impossible par un fait indépendant de sa volonté, nous reconnaissons qu'aucune disposition spéciale n'a été édictée qui puisse être directement applicable au billet de banque, que la loi n'a parlé que de la lettre de change qui est toujours à ordre et n'a rien dit qui concerne les titres au porteur.

Est-ce à dire cependant que le propriétaire d'un titre au porteur restera sans protection en cas de destruction ou de perte par cas fortuit? Non, telle n'a pu être l'intention du législateur. Les titres au porteur étaient certainement beaucoup moins répandus en 1804 et en 1808 que de nos jours mais ils existaient, et leur existence n'était point ignorée des hommes pratiques qui rédigeaient nos lois. Le Code de commerce ne parle nulle part du billet au porteur, mais il reconnaît et consacre le titre au porteur. L'article 35 dit que dans une société anonyme l'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur; et dans ce cas, ajoute-t-il, la cession s'opère par la tradition du titre. C'est l'un des caractères essentiels du billet de banque, et l'article 281, relatif au connaissement exprime que ce connaissement peut être à ordre ou au porteur.

Les articles 150 et suivants du Code de commerce ne sont, au surplus, que l'application particulière des règles générales que nous avons déjà vues proclamées et appliquées dans le Code Napoléon par les articles dont nous avons cité le texte. En cas de perte de la lettre de change, le bénéficiaire, si cela est possible, se procurera un deuxième ou troisième exemplaire; s'il ne peut en représenter aucun, il sera admis à justifier de sa propriété par d'autres moyens de preuve, c'est-à-dire par ses livres s'il est commerçant, et s'il n'est pas com-

Digitized by Google

merçant, par tous les moyens possibles. Le Code de commerce ajoute seulement la nécessité de la caution comme garantie pour celui qui paye; c'est le principe de l'article 1348 réglementé et appliqué à la matière des lettres de change. Et cette réglementation spéciale ne saurait avoir pour résultat d'écarter le principe lorsqu'il s'agit des titres aux porteurs.

Il pourra y avoir des difficultés d'application et, à cet égard, il sera permis de regretter que le législateur se soit tu; mais ces difficultés, sur lesquelles le juge pourra statuer en cherchant par voie d'analogie sa règle de conduite dans les dispositions existantes, ne sont pas une raison pour qu'on tire du silence de la loi une conséquence exorbitante et assurément inique. Rien ne nous semblerait plus injuste, en effet, que de voir pour les titres au porteur la perte ou l'anéantissement du titre, c'est-à-dire du signe de l'obligation, libérer le débiteur qui, dans ce cas, pourrait en toute sécurité s'enrichir aux dépens du créancier, victime d'un accident imprévu, quelles que soient les preuves faites par celui-ci, quelle que soit sa bonne foi et quelle que soit au fond l'évidence de son droit.

L'argument principal invoqué pour justifier un pareil résultat est tiré de la nature du titre au porteur. On ne nie pas précisément l'obligation du débiteur, mais on dit que cette obligation n'existe que vis-à-vis du titre, et que le titre n'étant pas représenté le payement peut être refusé. Le porteur seul du titre ajoute-t-on, a le droit d'exiger le payement, car lui seul peut être considéré comme l'ayant droit.

Il est difficile de comprendre comment une obligation, c'est-à-dire une relation, un lien entre deux personnes, pourrait exister d'une personne à un titre, de cette personne vis-à vis d'un objet inanimé, une feuille de papier. Lorsqu'on parle d'obligation vis-à-vis du titre, on se sert donc d'un langage tout à fait inexact; on ne doit rien à un titre, on ne peut devoir qu'à une personne qui alors est créancière. Qu'un titre de créance puisse se transmettre de personne à personne par la simple tradition de l'acte qui le constate, de *l'instrumentum*, cela se conçoit, c'est le cas des titres au porteur. Mais cet *instrumentum* change-t-il pour cela de nature et devient-il un personnage ayant une existence et une valeur propres? Non assurément; le seul phénomène juridique qu'on puisse observer c'est qu'à la différence de ce qui se passe pour les titres nomi-

Digitized by Google

natifs, la simple possession fait présumer la propriété ou plutôt la qualité de créancier chez le possesseur. Mais cette présomption même est-elle absolue? établit-elle la qualité de créancier d'une manière irréfragable? Non certainement. Si l'on m'a soustrait par exemple un titre au porteur et qu'on se présente au débiteur muni de ce titre, celui-ci, si j'ai fait mes diligences, pourra parfaitement être tenu de payer, non entre les mains du porteur, mais entre les miennes, ou s'il paye entre les mains du porteur, être obligé de payer deux fois. Eh bien! si la présomption résultant de la possession peut être renversée, pourquoi ne serait-il pas permis de suppléer à cette présomption lorsqu'elle fait défaut, et d'établir directement la propriété du titre ou plutôt la qualité du créancier? Cela sans doute peut avoir des inconvénients et souffrir des difficultés parce que le titre au porteur étant considéré comme meuble, il se peut par exemple qu'il tombe ultérieurement entre les mains d'une personne de bonne foi qui en deviendrait propriétaire par une prescription instantanée. Mais ces difficultés-là ne sont pas insurmontables, et c'est pour parer à des difficultés analogues que les articles 151 et 152 exigent une caution, que l'article 19 de l'ordonnance de 1673 exigeait aussi une caution, précisément dans l'hypothèse d'un billet au porteur adiré. Ce sera au juge à exiger du créancier, ou du moins de celui qui aura prouvé qu'il est créancier, les garanties nécessaires pour que la perte du billet ne retombe pas sur le débiteur et que celui-ci ne soit pas obligé de payer deux fois. C'est tout ce que le débiteur puisse exiger, et c'est le seul sacrifice que la nature du titre puisse imposer au créancier qui ne le représente pas.

Jusqu'à ces derniers temps, la jurisprudence n'avait eu à se prononcer que sur des titres ayant un caractère particulier sur des actions au porteur de la nature de celles dont il est parlé dans l'article 35 du Code de commerce, et encore ne trouve-t-on guère dans les recueils que des arrêts de la Cour de Paris. La première décision émanée de cette Cour est du 23 juillet 1836 (Sir., 1837, 2, 103). Il s'agissait de onze actions au porteur de la caisse hypothécaire. Le titulaire qui les avait perdues avait formé entre les mains de la caisse opposition au payement de tous dividendes afférents à ces onze actions; puis, après un délai de trois années, il avait réclamé non le payement de ces titres, qui n'était point exigible, mais

Digitized by Google

la seule chose qu'il pût obtenir : la remise de nouveaux titres et le payement des dividendes échus. Il offrait de fournir toutes sûretés pour la garantie de la caisse contre toute réclamation ultérieure de la part des tiers porteurs. La caisse refusait d'obtempérer à cette demande, et il est à remarquer qu'elle soutenait ne pouvoir jamais être obligée qu'envers celui qui représenterait les actions, *sauf le cas de destruction des titres dûment justifiée.* Une décision arbitrale, considérant que le laps de temps écoulé depuis la perte des actions sans qu'aucun porteur se fût présenté faisaient suffisamment supposer que les titres avaient péri par une circonstance fortuite dans les mains du demandeur, avait accueilli sa réclamation, mais en tant seulement qu'elle tendait à obtenir le payement des dividendes échus et en ordonnant le dépôt d'un certain nombre d'actions pour répondre des cinq dernières années d'intérêts et dividendes non susceptibles d'être couvertes par la prescription de l'article 2277. Les arbitres, au nombre desquels se trouvait M. Pardessus, avaient voulu appliquer à l'espèce le principe de l'article 19, titre 5, de l'ordonnance de 1673, qui statue pour le cas d'un billet au porteur *adiré.*

La Cour de Paris en a jugé autrement, et voici les termes de son arrêt. Nous les rappelons, car ils proclament le principe réfuté plus haut, d'après lequel on ne devrait qu'au titre.

La Cour, — considérant que la propriété des actions au porteur se transmet par la simple tradition du titre ; que dès lors celui qui ne peut représenter le titre n'en est plus réputé propriétaire à l'égard du débiteur, lequel ne devant qu'au titre, ne doit qu'à celui qui le représente ; qu'une société qui établit ses actions sous la forme de titres au porteur a voulu par là se dispenser de suivre la transmission successive des titres entre les mains des divers tiers détenteurs, et éviter de prendre part aux contestations qui pourraient s'élever sur la possession de ces titres ; qu'elle a voulu aussi assurer la libre circulation de ses actions, et que c'est sous la foi de ces engagements respectifs que la société a été formée ; que celui qui a consenti à prendre des actions au porteur a su que la société n'était obligée qu'au titre, et a volontairement couru les risques de la perte ; que pour exercer son action contre le détenteur du titre qu'il a perdu, il peut sans doute prendre telles mesures conservatoires qui n'entraveront pas les opérations de la so-

Digitized by Google

ciété; *mais qu'à moins qu'il ne prouve que le titre a péri entre ses mains,* il n'a aucune action contre la société, soit pour s'en faire reconnaître propriétaire, soit pour s'en faire payer conditionnellement les dividendes, et ne peut ainsi engager la société dans des mesures que ses statuts n'autorisent pas et dans des contestations qu'elle a voulu éviter avec les porteurs qui pourraient se présenter; — infirme; au principal, déclare Frémeau, quant à présent, non recevable dans sa demande en payement des dividendes échus des actions au porteur qu'il allègue avoir perdues. »

On a fait observer avec raison qu'en établissant une distinction entre l'actionnaire qui prouve que son titre a été perdu ou lui a été soustrait et celui qui justifie que ce titre a péri entre ses mains, la Cour de Paris avait affaibli ell-même les considérants doctrinaux par lesquels son arrêt débute (*Rev. crit.*, t. XIII, année 1858, p. 419 et s., article de M. Flandin). Si en effet il n'est dû qu'au titre, et au titre seul, l'exception pour le cas où ce titre a péri ne s'explique pas, car il n'est pas davantage représenté, il devient même impossible qu'il le soit, et l'on ne peut rien devoir à un titre qui n'existe pas.

Ce qui paraît avoir déterminé la Cour de Paris en 1836, c'est l'embarras qui peut résulter pour la société débitrice du conflit entre le propriétaire qui réclame et un tiers porteur ultérieur, embarras qui n'est plus à craindre lorsque le titre a péri. C'est cela bien plutôt que le principe qu'elle proclame solennellement pour lui donner un démenti quelques lignes plus bas; mais les embarras, les difficultés intérieures, le juge, nous l'avons déjà dit, peut les éviter au débiteur en faisant donner des garanties à celui qui justifie de sa propriété, sans cependant représenter le titre.

Un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris fut rejeté par la Chambre des requêtes le 5 décembre 1837 (Sir., 1838, 1, 329). Mais nous ne mentionnons ici l'arrêt de rejet que pour mémoire, car le pourvoi était uniquement fondé sur la violation de l'article 19 du titre V de l'ordonnance de 1673, et la Chambre des requêtes a jugé seulement que cet article avait été abrogé en 1807 et qu'il ne s'occupait au surplus que de lettres et billets de change et non d'actions d'un établissement de commerce, payables au porteur.

Un second arrêt de la Cour de Paris, rendu le 3 juillet

Digitized by Google

1838, répudie absolument la doctrine de 1836. Il s'agissait alors d'actions au porteur qui avaient été volées; la soustraction frauduleuse était constatée par un arrêt de Cour d'assises et les titres n'avaient point été retrouvés. La Cour, confirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine, déclare que l'actionnaire dépouillé a le droit non-seulement de demander les dividendes échus, mais encore de réclamer la délivrance d'autres titres contre des garanties suffisantes. La Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt; mais l'arrêt rendu le 15 novembre 1841 (Sir., 1841, 1, 830), n'engage pas absolument la jurisprudence de la Cour suprême, car il ne statue que sur une question de compétence.

Depuis cette époque, la Cour de Paris a constamment jugé que l'actionnaire qui justifiait de la soustraction ou de la simple perte de son titre n'était point pour cela dépouillé de son droit, et il n'y a plus eu pour cette Cour de difficulté que sur le point de savoir si le droit de l'actionnaire devait se borner au payement moyennant garantie des dividendes échus, ou s'il pouvait aller jusqu'à exiger la délivrance de nouveaux titres. Un arrêt du 27 février 1854 (Sir., 1854, 2, 355) concède à l'actionnaire d'un chemin de fer, en cas de vol, le droit de toucher les intérêts et dividendes échus au bout des cinq années de l'article 2277 et prescrit jusqu'à cette époque le dépôt à la caisse des consignations au fur et à mesure de l'échéance pour la garantie de la compagnie; mais il refuse d'ordonner la délivrance d'un nouveau titre à cause de la représentation ultérieure possible du titre primitif par un tiers porteur de bonne foi. Même décision le 29 juillet 1857 (Sir., 1857, 2, 636); mais en présence et à cause d'un article des statuts qui refusait formellement à l'actionnaire le droit d'exiger le remplacement des titres au porteur. Le 24 juillet 1858, un arrêt confirmatif d'un jugement du tribunal de la Seine modifie cette jurisprudence et concède aussi à l'actionnaire volé le droit de se faire délivrer un nouveau titre, mais seulement après le délai de trente années. Voici son dispositif : « Dit que le présent jugement vaudra titre aux mains de Troyaux au lieu et place des valeurs à lui soustraites; dit que les intérêts et dividendes afférents aux actions ou obligations dont il s'agit seront déposés par les défendeurs à la caisse des

Digitized by Google

dépôts et consignations et se prescriront au profit de Troyaux après le délai de cinq années expiré à partir de leurs échéances, et que des titres définitifs, en représentation des titres soustraits, lui seront délivrés après trente ans. »

Enfin un dernier arrêt rendu le 13 mai 1865, au profit de la compagnie du chemin de fer du Nord, (Sir., 1865; 2, 153), revient à la jurisprudence de 1854 et 1857. Il repousse la concession faite en 1858 par les motifs suivants :

« Considérant que le propriétaire d'une action dans une société de commerce ne peut en réclamer la valeur à la société débitrice tant que subsiste la société, et qu'il est de principe consacré par l'article 2257 Code Napoléon que la prescription ne court pas contre qui n'est pas libre d'agir; que c'est une erreur de prétendre que le silence gardé pendant trente ans à dater de ce jour par le détenteur, quel qu'il soit, de l'action perdue qui se serait abstenu, pendant ce même laps de temps, d'en réclamer les dividendes et intérêts, suffise pour mettre la compagnie du chemin de fer du Nord à l'abri de toute poursuite de la part de ce dernier, parce que si la prescription peut courir pour les dividendes et intérêts exigibles, chaque année elle demeure suspendue, ainsi qu'on vient de le dire, pour le capital de l'action tant que le droit de la réclamer n'est pas ouvert; que c'est une autre erreur de dire que si la prescription trentenaire ne peut courir au profit de la compagnie débitrice, il n'en saurait être de même à l'égard de la demoiselle Boullanger, propriétaire originaire de l'action et détentrice d'un nouveau titre s'agissant relativement à elle, non de prescription libératrice, mais de prescription à l'effet d'acquérir, pouvant s'établir par le fait seul de la possession sans trouble; qu'à ce point de vue même, la possession de la demoiselle Boullanger serait vicieuse puisqu'elle n'aurait entre ses mains qu'un titre précaire et subordonné, quant à la propriété de l'action, au titre original pouvant se trouver aux mains d'un détenteur de bonne foi; que sous un autre rapport encore aucune prescription ne saurait courir au profit de la demoiselle Boullanger contre ce détenteur de bonne foi qui, détenteur d'une action au porteur et devant se croire en raison même de la nature du titre, propriétaire légitime et incommutable de cette action, n'a et ne peut avoir d'actes conservatoires à exercer au regard de la demoiselle Boullanger qu'il ne connaît pas; considérant

Digitized by Google

enfin que la prescription trentenaire en la supposant même, contre toute évidence, admissible dans la cause, pourrait être suspendue par des minorités, conformément à l'article 2252 C. Nap., et qu'ainsi la compagnie débitrice ne serait pas garantie par le laps de trente ans, comme l'ont décidé les premiers juges, contre l'action du tiers possesseur de bonne foi. »

Ces motifs nous paraissent tout à fait exacts, et c'est avec raison, croyons-nous, qu'ils repoussent le moyen terme adopté par la Cour de Paris en 1858; ils démontrent parfaitement que le délai de trente ans n'a aucune raison d'être. De deux choses l'une : ou l'actionnaire qui ne représente pas le titre, mais qui prouve sa propriété, a conservé son droit ou il l'a perdu. La Cour de Paris admet avec raison que son droit subsiste, puisqu'elle lui permet, moyennant des garanties qu'il appartient aux juges de fixer, de toucher les intérêts ou dividendes échus. Si ce droit est intact, il doit, suivant nous, pouvoir s'exercer tout aussi bien sur le capital que sur les intérêts, et comme il ne peut s'exercer entièrement sur le capital sans la délivrance d'un duplicata, il faut, ce nous semble, reconnaître que l'actionnaire a le droit de s'en faire immédiatement délivrer un par la compagnie, toujours en laissant au juge le soin de fixer les mesures nécessaires pour garantir celle-ci contre la représentation ultérieure du titre primitif. Objecter à l'actionnaire que le jugement qui reconnaît son droit peut lui tenir lieu de titre, c'est lui faire avec la Cour de Paris une mauvaise réponse. Ce jugement, en effet, n'a pas pour lui les mêmes avantages, il n'est point au porteur, il n'est point transmissible par la simple tradition. Il ne peut être négocié dans les mêmes conditions. La compagnie, qui n'élève point la prétention d'être libérée d'aucune de ses obligations, n'a qu'un droit, celui d'exiger qu'on la garantisse.

La compagnie, qui est obligée au payement des dividendes et intérêts, pourra être également contrainte de payer le capital si ce capital devient exigible par la dissolution, par exemple, ou bien s'il s'agit de certaines actions ou de certaines obligations par l'effet d'un tirage au sort, ou par l'échéance.

Quelles seront les garanties à exiger de celui qui ne représente pas le titre, mais justifie de sa propriété? Ce n'est pas là une question de droit; le juge examinera dans sa sagesse ce

Digitized by Google

qu'il convient de faire, il s'inspirera des dispositions existantes et usera à cet égard des pouvoirs que la loi lui donne. Les articles 151 et 152 parlent d'une caution, l'article 19 de l'ordonnance de 1673 en parlait aussi. Mais ce serait nous écarter de notre sujet que d'entrer dans ces difficultés de fait; nous voulons seulement faire observer que le dépôt à la caisse des consignations qui a été le plus souvent ordonné, pour les intérêts ou dividendes pendant le temps nécessaire pour mettre la compagnie à l'abri de toute réclamation au moyen de la prescription de l'article 2277, peut être quelquefois excessif. L'observation a déjà été faite par M. Labbé dans son excellente note sur l'arrêt de 1865. (Sir., 1865, loc. citat.) Elle nous paraît parfaitement juste. Si, en effet, l'actionnaire offre d'autres garanties suffisantes, pourquoi le juge ne lui permettrait-il pas de disposer dès à présent et de tirer profit de l'argent qui lui appartient au moins provisoirement, et sur la possession duquel aucun litige n'est pendant. Ce n'est pas que nous prétendions exclure la garantie du dépôt à la caisse, mais nous croyons que ce moyen ne doit être employé que si l'actionnaire n'offre pas d'autres garanties absolument sûres de restitution.

En résumé, et quelles que soient les critiques que suggèrent les arrêts que nous avons cités, quelle qu'ait été la décision de ces arrêts en ce qui concerne la délivrance d'un nouveau titre, on peut donc affirmer qu'en droit la jurisprudence de la Cour de Paris a fini par reconnaître que le propriétaire d'une action ou d'une obligation au porteur, restait associé ou créancier bien qu'il ne représentât pas le titre, qu'il pouvait en principe exercer les droits attaché à cette qualité, soit que son titre ait été anéanti, soit qu'il lui ait été soustrait, soit même qu'il l'ait perdu.

C'est en cet état de la jurisprudence que la question s'est posée pour la première fois au sujet des billets de banque vers 1865. Comme nous le disions plus haut, il s'agissait de billets de la banque d'Algérie, de la propriété desquels on justifiait et qui avaient disparu dans un naufrage. Le tribunal d'Alger, se fondant sur ce que la perte de ces billets avait été faite par cas fortuit ou force majeure, circonstance prévue par le § 4 de l'article 1345 du Code Napoléon, et vu les articles 149 et suivants du Code de commerce, avait ordonné que la banque

Digitized by Google

d'Algérie conserverait en garantie et comme caution la somme formant le montant des billets dont le payement était demandé. Il avait en même temps condamné cette banque à payer aux propriétaires, d'année en année à partir de leur demande, les intérêts de cette somme au taux pratiqué dans ses opérations d'escompte avec le public et suivant les fluctuations de cet escompte, laissant à la banque la faculté de se libérer par un payement immédiat du capital, et reconnaissant au demandeur le droit d'exiger le remboursement de la somme formant la garantie en cas de liquidation ou de tout autre événement obligeant la banque au remboursement de ses billets au porteur.

La Cour impériale d'Alger a confirmé cette décision. Son arrêt du 4 mars 1865 invoque également l'article 1348 qui autorise le bénéficiaire de tout titre exigible, à faire preuve par témoins de l'accident du cas fortuit ou de la force majeure qui lui en a fait perdre la possession, et à demander à l'encontre du débiteur soit un titre nouveau, soit le payement.

Il soutient qu'il importe peu que le titre soit personnel ou au porteur, car dans un cas comme dans l'autre, l'obligation de payer est toujours la même, la preuve de la perte équivalant à la représentation du titre lui-même. Que le billet de banque constitue une véritable reconnaissance, un titre de créance donnant au bénéficiaire le droit de réclamer, comme dans toute obligation, le payement en monnaie de la somme énoncée, de la somme reçue par le débiteur; il énonce même que s'agissant de billets qui, selon toute vraisemblance, étaient définitivement perdus, et qu'il n'y avait pas de crainte de voir reparaître, le jugement aurait pu ordonner le payement pur et simple, c'est-à-dire immédiat et sans caution.

Voici maintenant les motifs donnés par la Chambre civile pour justifier la cassation de cet arrêt :

« Vu l'article 1348 Code Nap. et l'article 4 de la loi du 4 août 1851; — Attendu que ce dernier article dispose que la banque de l'Algérie est autorisée, à l'exclusion de tous autres établissements, à émettre des billets au porteur de 1,000, 500, 100 et 50 fr., et que ces billets sont remboursables à vue au siége de la banque; attendu qu'il est de la nature de billets ainsi définis et caractérisés, de n'impliquer aucun rapport direct ou personnel entre ceux qui les possèdent et la banque

Digitized by Google

qui les a émis, et qu'à cet égard il est au contraire permis d'affirmer que les obligations de cette banque, comme le droit des porteurs, procèdent du titre seul et s'y réfèrent exclusivement, ce qui revient à dire que la banque d'Algérie ne peut être obligée au remboursement de ces billets que sur leur présentation et en échange de leur remise effective; attendu, en outre, que si à un point de vue général on vient à considérer les billets de banque en eux-mêmes et, d'après les effets qui leur sont propres, on demeure convaincu qu'ils se distinguent de toutes les autres valeurs par des différences d'une telle nature que, sous ce rapport encore, il y a lieu d'écarter l'application de l'article 1348, Code Nap.; ainsi il est incontestable que, tandis que le débiteur, en cas de perte du titre, peut toujours contre-balancer le danger de la preuve testimoniale en puisant de son côté les éléments de la preuve contraire, soit dans ses rapports personnels avec le créancier, soit dans les circonstances concomitantes de la convention alléguée, les banques, dans ce cas, seraient au contraire absolument dépourvues de tous les moyens de contrôle et d'investigation; ainsi, il est encore incontestable que, tandis que le débiteur qui a fourni un titre émané de lui est par là même, eu égard du moins à la sincérité matérielle de ce titre, à l'abri de toute surprise, cet élément de sécurité fait au contraire complétement défaut quand il s'agit de billets de banque, ce qui en définitive, n'irait à rien moins qu'à priver ces établissements du seul moyen de vérification qui puisse les prémunir contre les éventualités d'une falsification plus ou moins imminente; on ne peut pas contester davantage que, tandis que la prescription est toujours opposable quand il s'agit des autres titres, elle est au contraire péremptoirement exclue quand il s'agit de billets de banque, par cette raison bien simple qu'il n'y a pas de prescription là où l'obligation n'a pas de point de départ fixe ni d'échéance déterminée; on ne peut pas contester enfin que lorsque, ce qui s'est déjà rencontré, le titre reparaît, même après le jugement qui l'avait déclaré perdu par suite d'un cas de force majeure, le débiteur ne puisse alors opposer l'exception de libération au porteur quel qu'il soit de ce titre, tandis que, dans ce même cas, les banques seraient au contraire et nonobstant un premier payement qu'elles auraient fait des billets réputés perdus, forcées de rembourser une seconde fois au

Digitized by Google

porteur actuel, celui-ci étant, en effet, toujours présumé de bonne foi à raison de la nature même du titre, attendu que de tout ce qui précède il y a lieu de conclure qu'un état de choses qui se caractérise ainsi aurait nécessairement pour résultat de créer, au grand détriment des banques, une situation tellement chargée de périls et de difficultés qu'il est manifeste que l'on ne pourrait, sur la seule foi de la preuve orale, la contraindre au payement de billets qui ne seraient pas représentés sans troubler profondément les conditions de confiance et de sécurité sur lesquelles repose le principe même de leur institution, et qui garantissent d'autant leur plus grande utilité, ce qui ne saurait être admis ; d'où il suit qu'en jugeant le contraire et en condamnant la banque d'Algérie à rembourser aux frères Casteras le montant des billets au porteur et à vue de cette banque reputés perdus par suite du naufrage du navire l'*Atlas*, l'arrêt attaqué a faussement appliqué, et partant violé, l'article 1348, Code Nap., et violé, en outre, l'article ci-dessus visé de la loi du 4 août 1851. »

Il y a dans ces motifs deux ordres d'arguments à l'appui de la thèse adoptée et consacrée par la Cour de cassation : des arguments de droit d'abord, puis des arguments d'un ordre inférieur ; ce qui ne veut pas dire qu'ils soient dépourvus d'importance, et que nous appellerons des considérations.

Les arguments de droit ne nous paraissent pas très-nombreux, et quelle que soit l'attention avec laquelle nous avons lu et analysé cet arrêt, nous n'avons pu en rencontrer qu'un seul, c'est celui-ci : il s'agit de billets au porteur remboursables à vue ; donc les obligations de la banque comme les droits des porteurs procèdent du titre seul et s'y réfèrent exclusivement. Ce qui veut dire, ajoute l'arrêt, que la banque ne peut être obligée au remboursement des billets que sur leur présentation et en échange de leur remise effective.

La circonstance que les billets sont remboursables *à vue*, c'est-à-dire immédiatement et sans délai, est ici indifférente, et c'est évidemment parce que ces billets sont au porteur que les obligations de la banque ne procèdent que du titre. Nous connaissons déjà cet argument, et ce n'est pas la première fois que nous le rencontrons ; nous l'avons signalé dans l'arrêt de la Cour de Paris, du 23 juillet 1836 : il s'y trouvait sous une forme moins enveloppée ; mais pour être plus habilement

Digitized by Google

produit, il n'a pas changé de nature, et nous pouvons le traduire ainsi en lui rendant sa forme primitive. On ne doit qu'au titre et au titre seul, et par conséquent à celui qui le représente. Déjà nous avons montré que la nature même du billet de banque, qui n'était point une monnaie, mais un titre de créance, résistait à une pareille proposition, que les principes du droit en matière d'obligation n'y résistaient pas moins. Le débiteur, suivant nous, ne doit jamais qu'au créancier, et lorsqu'il s'agit de titre au porteur, le créancier présumé, c'est le porteur du titre; mais la présomption résultant de la possession n'étant ni exclusive ni invincible, le créancier n'est autre que celui qui démontre qu'il est le véritable créancier. Il fera sa démonstration suivant les règles établies par l'article 1348 4°, s'il a perdu par cas fortuit ou force majeure le titre dont il avait originairement la possession légitime. Ces principes, que nous avons établis à l'égard des actions ou obligations au porteur, nous paraissent également vrais lorsqu'il s'agit des billets de banque.

Quelles sont maintenant les considérations qui ont écarté l'application de l'article 1348 et des règles ordinaires du droit?

En premier lieu, l'absence du rapport entre le créancier et le débiteur qui ne permet point à ce dernier de contre-balancer le danger de la preuve testimoniale en puisant ses éléments de preuve soit dans ces relations mêmes, soit dans les circonstances concomitantes de la convention. Cette considération pourrait jusqu'à un certain point être invoquée pour toute espèce de valeur de la même nature, pour les actions ou obligations au porteur. Nous reconnaissons cependant que l'absence de rapport entre la banque et les titulaires de ses billets est encore plus complète qu'entre les compagnies de chemin de fer, par exemple, et les porteurs de leurs actions ou obligations. Mais si les moyens de contrôle et d'investigation sont difficiles pour la banque, plus difficiles même que pour les compagnies de chemin de fer, est-ce une raison pour que le créancier soit dépouillé de son droit, du droit qu'il tient de l'article 1348? Nous ne le croyons pas; ce serait là une conséquence exorbitante. Qu'en l'absence d'une contradiction possible, le juge se montre sévère, très-sévère même, sévère jusqu'à la rigueur, et n'admette la preuve que quand le doute ne sera plus possible, que quand cette preuve lui semblera absolue

Digitized by Google

ment faite, personne n'y trouvera à redire, et il n'y aura pas à craindre d'abus. Il faut observer, en effet, que la situation du réclamant ne sera pas aussi aisée qu'on semble le croire. Il ne lui suffirait pas de prouver qu'il avait des billets et que ces billets ont été perdus par cas fortuit ou force majeure, chose déjà difficile; il faudrait encore, chose plus difficile, il faudrait qu'il désigne individuellement le billet, qu'il donne toutes les indications qui puissent faire reconnaître de quel billet il s'agit, qu'il donne, par exemple, les numéros d'ordre et de série, et encore le juge ne sera pas forcé de s'incliner devant toutes ces indications; peut-être même la multiplicité des indications éveillera-t-elle chez lui des doutes. Nous le répétons, la situation du réclamant ne sera pas facile, et la crainte des fraudes nous paraît avoir été bien exagérée.

L'arrêt redoute en second lieu les falsifications possibles, et peut-être serait-il permis de regretter que le considérant dans lequel il s'explique à cet égard ne soit pas conçu en termes plus clairs. Quoi qu'il en soit, de ce que le billet perdu, ou soustrait, ou anéanti peut être faux, doit-on raisonner comme s'il l'était et présumer la falsification? Non. C'est cependant ce que fait l'arrêt qui induit de là la nécessité d'interdire la preuve au propriétaire dépossédé. La perspective des falsifications est-elle au surplus si effrayante et doit-on la considérer comme aussi dangereuse pour la banque? Nous ne le croyons pas, car si l'on va au fond des choses, on est facilement convaincu qu'il est aisé de mettre la banque à l'abri de ces dangers plus imaginaires que réels, et qu'il ne peut y avoir de difficulté que quand la preuve de l'anéantissement du billet sera absolument faite. Supposons d'abord qu'il y a eu soustraction ou simplement perte par cas fortuit sans qu'il soit possible d'acquérir la certitude absolue que le billet dont s'agit ne sera point ultérieurement représenté. Où est le danger si grand que ferait courir à la banque une falsification? En réalité ce danger n'existe pas, car si comme nous le proposons, si comme on l'a toujours jugé pour les autres titres au porteur, le payement ne peut avoir lieu que moyennant garantie, on va voir qu'elle est à l'abri de toute crainte et de toute surprise. Si en effet le billet faux soustrait ou perdu est représenté, la banque pourra l'examiner; reconnaissant la falsification, elle ne le payera pas. Quand le billet vrai apparaîtra, la banque

Digitized by Google

payera, mais ayant payé, elle aura son recours et sa garantie. Que le billet soit vrai ou faux, sa situation est la même : elle ne sera jamais obligée de payer qu'une fois, ou plutôt payant deux fois elle n'aura à souffrir d'aucune perte.

Si maintenant le billet a été brûlé, s'il est absolument certain qu'il est anéanti et ne pourra être représenté, dans cette hypothèse nous n'hésitons pas à reconnaître qu'en droit strict le propriétaire du billet aurait, de même que celui de tout autre titre au porteur devenu exigible, droit au payement sans fournir caution. Mais prenant en considération la plus grande facilité des falsifications, il ne serait pas déraisonnable d'exiger alors une garantie de restitution. Ainsi la banque échapperait à tous les périls, et personne ne serait lésé.

Quant à l'impossibilité de toute prescription pour mettre la banque à l'abri des réclamations ultérieures d'un tiers de bonne foi, elle existe également lorsqu'il s'agit d'actions au porteur ; car là aussi la prescription ne peut commencer que du jour où la société est dissoute, ou bien du jour où, par suite d'un événement quelconque, les titres émis sont devenus définitivement remboursables. Mais la garantie exigée durera tant que la prescription ne sera pas acquise. C'est tout ce qu'on peut exiger de celui qui a justifié de sa qualité de créancier. Aller plus loin et libérer le débiteur alors même que ce débiteur est la banque, c'est, croyons-nous, sacrifier un droit certain pour des dangers qui ne sont pas réels et pour des craintes qui sont chimériques.

CH. HÉRISSON.

Digitized by Google

DES DROITS DU CONJOINT SURVIVANT DANS LA SUCCESSION DE L'ÉPOUX PRÉDÉCÉDÉ,

D'APRÈS LE DROIT NATUREL, LE DROIT ROMAIN, LE DROIT COUTUMIER, LES LÉGISLATIONS DE L'EUROPE MODERNE, LE CODE NAPOLÉON ET QUELQUES LOIS FRANÇAISES POSTÉRIEURES A SA PROMULGATION. DES MODIFICATIONS QU'IL POURRAIT CONVENIR D'APPORTER, EN CETTE MATIÈRE, DANS LES DISPOSITIONS DU CODE NAPOLÉON.

Par M. Le Sénécal, substitut du procureur général à Riom.

I.

Se survivre à lui-même est, chez l'homme, une aspiration innée et sans doute l'une des manifestations les plus frappantes de l'immortalité de l'âme.

De cette aspiration vient le désir d'acquérir pour transmettre à ceux qu'on aime;..... et peut-être est-ce là le plus puissant argument à opposer à cette trop nombreuse secte d'économistes qui prétendent que la propriété n'est qu'un vain mot, et se réduit, en fait, à la possession. — En quoi consiste, en effet, disent-ils, le droit de propriété envisagé au point de vue naturel, sinon dans la faculté que l'homme a de s'approprier et de conserver exclusivement la chose qu'il détient, d'en tirer tout le parti, tout l'avantage qu'il en peut tirer, d'en jouir comme il veut et autant qu'il peut, de l'anéantir même si elle est destructible, de la donner, de l'échanger..... Le fruit que je viens de cueillir, le gibier que j'ai tué, la pierre précieuse que j'ai trouvée, j'en suis propriétaire dans le sens usuel du mot, parce que j'en peux faire ce qui me plaira, autrement dit, en jouir autant et de telle manière que la nature de ces objets et celle de mes organes me permettront d'en jouir..... Mais avec la mort finissent pour l'homme sa jouissance et sa possession. Il n'emporte pas au delà du tombeau ses palais, ses champs, ses trésors.....

Tel est le système de ces philosophes parmi lesquels figurent, au premier rang, Mably, Rousseau et Montesquieu lui-même.

Conséquents avec leur principe, ils n'hésitent pas à proclamer que de tous les modes de transmission à titre gratuit, la

Digitized by Google

donation entre-vifs est le seul qui dérive du droit naturel. — Pour eux, le testament et la succession qui n'est que le testament *présumé* du citoyen, sont une création, une invention du pouvoir social..... Ils limitent à la durée de l'existence de l'homme son droit sur la chose, et leur pensée pourrait se traduire par cet adage que le droit ancien appliquait à la succession des serfs : « *Mors omnia solvit.* » Nous sommes les esclaves de la mort ; lorsqu'elle étend sur nous la main, avec notre frêle enveloppe, elle brise tous les liens qui nous rattachaient à la terre..... Réalisme brutal et désolant qui, après Rousseau, méritait d'avoir pour interprète Robespierre, ce terrible metteur en œuvre des doctrines philosophiques du dix-huitième siècle, lorsqu'à la tribune de l'assemblée constituante, combattant le droit de tester, il se demandait « comment « l'homme pourrait disposer de cette terre, lorsqu'il est lui-« même réduit en poussière. »

Sans nous arrêter à ce sophisme qu'il serait facile de réfuter par cette seule observation que le testament est l'œuvre de la volonté des vivants et non de celle des morts, examinons rapidement quelle est la valeur de la théorie que nous venons d'exposer.

Remarquons, d'abord, que la définition donnée par les adversaires du droit de propriété à la possession considérée au point de vue naturel, n'est autre, en réalité, que celle de la propriété, telle que nous l'entendons; c'est le *jus utendi et abutendi*, à cette différence près qu'ils le restreignent, quant à sa durée, à l'existence de l'homme.

Oserons-nous, sur ce dernier point, dire que leur raisonnement est faux lorsqu'ils affirment qu'avec l'homme finit sa possession? — Non, sans doute, car il n'est que trop vrai que créature éphémère, l'homme n'est ici-bas qu'un usufruitier des biens matériels; mais ce que nous nions formellement, comme une injure faite à l'humanité, c'est que l'homme de la nature soit ce qu'ils l'ont voulu faire : n'ayant pour mobile et pour but que son intérêt et sa jouissance personnels, n'aimant exclusivement que lui, ne vivant que pour lui, ne songeant qu'à lui. — Leur type, l'homme dont tous les instincts convergent « *au moi haïssable* » est, heureusement, une rare exception..... Ce n'est pas d'une démonstration qu'il s'agit ici, mais d'une simple constatation de fait, d'un appel à la voix intime de la cons-

Digitized by Google

cience !... Nous n'hésitons pas à affirmer, à l'encontre de la doctrine que nous combattons, que lorsqu'il cherche à s'enrichir, l'homme pense moins à lui-même qu'à ceux qui l'entourent. — N'eût-il pas de famille, il s'en créerait une par l'affection. — Il a besoin d'aimer, peut-être encore plus que d'être aimé; disons le mot, il a besoin de se dévouer..... S'il en était autrement, comment expliquerait-on le courage patient du prolétaire qui, pour élever sa famille et assurer son avenir, travaille le jour et la nuit, s'impose les plus dures privations, et ne craint pas même de sacrifier sa vie par l'excès du labeur?

Cet exemple, pris au hasard entre tant d'autres qu'on pourrait citer, nous fournit dans la théorie même des adversaires de la propriété et du droit de tester, le moyen de la combattre :

Si, dans l'état de nature, le possesseur d'une chose, suivant le sens qu'ils donnent à la possession, a, de son vivant, le droit qu'ils lui reconnaissent de transmettre gratuitement la possession de cette chose à un autre individu, il a, évidemment aussi, le droit de faire de ce dernier son copossesseur au même titre.

Or, n'est-il pas évident que cet homme dont nous avons parlé, ce prolétaire qui se dévoue avec tant d'abnégation au bien de sa famille, lui a, au fur et à mesure qu'il a acquis une possession nouvelle, transmis, par l'effet d'une donation tacite, la communauté avec lui-même des choses par lui possédées?

Ayant donc, de son vivant, possédé ce qu'il possédait, les élus de son cœur auront, d'après la loi naturelle, le droit de posséder après lui et de transmettre à leur tour.

C'est la succession, et sans donner à ces prolégomènes des développements que ne comporte pas le sujet principal de cette étude, nous pouvons conclure que le testament et l'hérédité sont de droit naturel.

Qu'est-il, d'ailleurs, besoin de démonstrations plus ou moins subtiles, trop souvent fondées sur une définition inexacte, sur une équivoque de langage, quand la conscience et le bon sens de tous et de chacun, le *consensus omnium*, ont fait entendre leur voix?

Si le droit de travailler au bonheur de mon fils, de lui trans-

Digitized by Google

mettre après moi des biens péniblement amassés, n'est pas de droit naturel, mon amour pour mes enfants n'est donc pas une inspiration instinctive de mon cœur?... L'union des sexes qui crée la famille... la famille et la société elle-même dont elle est, à la fois, l'élément et le type, ne sont donc que des inventions de l'esprit humain?

II.

La famille est la base de la *société*, disait, il y a peu de temps encore, un éminent magistrat dans un discours qu'il prononçait devant l'une des cours impériales de l'Empire[1].

Oui, *la famille est la base de la société*, car c'est dans son sein que l'homme, au sortir du berceau, puise la vie morale, c'est-à-dire les principes, les enseignements, et, s'il était permis de s'exprimer ainsi, ces habitudes du premier âge, ces impressions profondes et vivaces qui resteront gravées dans son âme à l'état instinctif, et serviront, plus tard, de règle à sa conduite.

Elle est la base de la société, parce qu'elle est elle-même la société à son état primordial; parce que c'est au foyer domestique que germent dans l'âme de l'enfant les premiers sentiments qui, dans l'âge viril, feront de lui un citoyen : en respectant son père et sa mère, il apprend à respecter le principe de l'autorité; en résistant aux empiétements, aux caprices de ses frères, ses égaux, il conçoit la notion du juste et de l'injuste, et, par une association d'idées toute naturelle, il se rend compte que s'il a des droits, il a aussi des devoirs à remplir : « *Alteri ne feceris quod tibi fieri nolis.* » Qu'il voie quelqu'un de sa famille menacé d'un danger; que s'oubliant lui-même et cédant aux élans d'une nature généreuse, il vole à son secours et s'expose au péril pour le protéger, le dévouement aura pris place en son cœur...., le dévouement, de tous les sentiments le plus noble et le plus fécond, celui qui, dans nos hôpitaux, veille au chevet des victimes de la contagion, qui donne au soldat le courage de mourir, et qui, sous le nom de charité, a régénéré le monde.

[1] M. Olivier alors procureur général à Limoges. (Discours de la rentrée de novembre 1866.)

Digitized by Google

La famille est, en même temps que la base de la société, l'organe le plus sûr de son perfectionnement moral; car s'il est vrai que les parents transmettent à leurs enfants, dans une certaine mesure, les qualités et les défauts de leur constitution physique, il n'est pas moins certain que, sauf exception, les vices ou les vertus se transmettent de génération en génération. L'histoire en fournirait plus d'une preuve, s'il était nécessaire de démontrer une vérité tellement reconnue qu'elle est devenue proverbiale.

N'insistons pas davantage sur ces considérations qui nous feraient perdre de vue l'objet réel de cette étude. Notre pensée, pour la résumer, est que la famille est l'école de l'homme social, du citoyen; que plus elle sera parfaite, plus la génération qu'elle aura produite pourra contribuer à la prospérité du pays.

C'est assez dire que tout perfectionnement qui peut être apporté à sa réglementation se recommande par là même à toute la sollicitude du législateur.

III.

Au point de vue de ses intérêts matériels et du droit plus ou moins étendu que peut avoir chacun de ses membres aux choses qu'elle possède, la famille nous offre le tableau d'une société civile..... En nous exprimant ainsi, nous n'entendons pas parler de la famille romaine dans laquelle la personnalité du chef, du *paterfamilias*, absorbait toutes les autres; où maître absolu, disons plutôt propriétaire de tout et de tous, il exerçait sur ceux que la loi mettait en son pouvoir, *in manu*, une autorité tellement despotique et cruelle qu'à certaine époque de triste mémoire, non-seulement ils ne pouvaient personnellement rien posséder, mais qu'il avait lui-même le droit de les vendre et de leur donner la mort..... Quand nous disons que la famille nous offre dans sa vie intime, dans son organisation domestique, le tableau d'une société civile, nous parlons de la famille telle qu'elle existe dans l'état de notre civilisation et de nos mœurs et telle que Dieu l'a faite : unie par les liens d'affection qu'une communauté d'origine, d'intérêts et d'honneur met au cœur de l'homme, et gouvernée par

Digitized by Google

l'autorité ferme, mais en même temps bienveillante, d'un chef à la fois aimé et respecté.

Qu'est-ce donc, en effet, que le mariage, sinon un véritable contrat de société civile? Chacun des époux ne fournit-il pas son apport : ses richesses, s'il en a, et en tout cas, son travail, son dévouement, toutes les facultés actives de son corps et de son âme, ses forces, quelles qu'elles soient, physiques ou morales? Quant à l'avantage en vue duquel l'association conjugale est contractée, « *le bénéfice à partager,* » la définition même du mariage nous l'indique suffisamment : « Societas maris et « feminæ ad generationem prolis et mutuum vitæ adjutorium « ineunda..... » « La société de l'homme et de la femme qui « s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des « secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager « leur commune destinée[1]. » La femme trouvera dans son mari le protecteur et l'ami dont sa faiblesse a besoin. En échange, elle lui donnera, par sa tendresse et ses soins, l'appui moral qui soutient l'homme dans ses labeurs et les luttes de la vie. Tous deux, enfin, se complétant l'un l'autre, goûteront en commun cet ineffable besoin de la nature humaine de se sentir renaître dans leur postérité.

La société des époux s'augmente et se complète : ..... Un enfant leur est né...! Il n'a rien apporté que son sourire et ses caresses, mais c'est assez pour le père et la mère. Ce sourire et ces caresses, ils ne sauraient les payer trop cher...., leur enfant, c'est leur sang, leur vie, la continuation de leur être et, suivant l'expression du poëte, il représente pour eux la moitié de leur âme, « *animæ dimidium meæ*[2]. »

A peine est-il au monde, que dans leur cœur, tout ce qu'ils possèdent est à lui, et son droit, émanation directe du vœu de la nature, ne pourra désormais être restreint que par la naissance d'autres enfants qui, en prenant dans les affections de ses parents une place égale à la sienne, obtiendront, par là-même, un droit égal à leurs biens.

Ce premier apport qu'il tient de la libéralité instinctive et spontanée de ses auteurs, l'enfant le complètera plus tard en

[1] Portalis, exposé des motifs de la loi relative au mariage, n° 2. (Séance du 16 ventôse an XI.)

[2] *Horace*, ode 3e.

Digitized by Google

augmentant par son travail l'actif de la famille....., en prodiguant à la vieillesse de son père et de sa mère les soins dont ils auront eux-mêmes entouré son berceau.

Le mari, la femme, l'enfant, et la famille est déjà constituée dans sa source.— C'est même aux rapports réciproques que le fait de la génération a établis entre les conjoints, d'une part, et leur descendance immédiate de l'autre, que nous appliquons dans toute sa force cette pensée que la famille est une société civile. « La nature, disait le conseiller d'État Treilhard, a établi « entre eux, en quelque manière, une communauté de biens, et « leur succession n'est, pour ainsi dire, qu'une possession « continuée [1]. »

Nous ne reviendrons pas sur les développements que nous avons donnés à cette idée. — Constatons seulement qu'elle trouve sa consécration dans plusieurs dispositions de nos lois. Qu'est-ce, en effet, que la réserve légale, sinon la conséquence d'un droit de copropriété implicitement reconnu par le législateur?

Ce droit, bien que restreint quant à son étendue, quoique subordonné, quant à son exercice, à la réalisation éventuelle de certaines conditions, n'en existe pas moins dans son essence et son principe.

Vainement dirait-on que la dévolution des biens d'une personne décédée ayant pour base ses affections, on ne peut supposer au *de cujus* une si profonde aberration de sentiments qu'il ait voulu complétement priver ses descendants ou, s'il n'en a pas, son père et sa mère, des biens qu'il devait laisser en mourant.... Ce n'est là qu'une fiction qui ne saurait prévaloir contre la réalité des faits.

Prenons un exemple : un père a un fils dont l'existence n'a été qu'une suite continue de débauches, de crimes et d'opprobres, mais qui, cependant, ne se trouve dans aucun des cas d'indignité prévus par la loi. Ce père sait par la triste expérience du passé, que ce qu'il lui laisserait ne servirait pas même à améliorer son sort, et serait en peu de temps dévoré dans de nouvelles débauches. Faisant ce que la loi n'a pas fait, il déclare son fils indigne de lui succéder : il le déshérite

[1] Exposé des motifs de la loi relative aux successions. (Séance du 19 germinal an XI.)

Digitized by Google

au profit de ses autres enfants. La volonté du testateur n'est pas ici douteuse. Elle n'est le résultat ni d'un égarement du cœur, ni d'un égarement de l'esprit, et cependant le testament est *inofficieux*. Il n'atteindra qu'imparfaitement son but. Le fils déshérité, héritera quand même; seulement son droit sera réduit à la réserve légale;... mais ce droit, si restreint qu'il puisse être, quelle en est la nature...? Nous ne pouvons, évidemment, dans notre hypothèse, le rattacher à une libéralité supposée du défunt. De quel principe dérive-t-il donc, si ce n'est d'une communauté de biens existant entre les parents et leur enfant...?

Objectera-t-on que si la réserve légale ne correspond pas à l'idée d'une libéralité, d'une donation supposée, elle représente une dette de la nature...? Sur ce terrain que nous acceptons, la réponse serait facile : nos biens sont le gage de nos créanciers; ils ne nous appartiennent, par suite, que déduction faite de la dette qui le grève. Nos créanciers sont donc nos copropriétaires dans la proportion de la somme qu'ils peuvent nous réclamer. A ce point de vue, que nous ne présentons, du reste, que comme une abstraction, l'héritier à réserve serait encore, ainsi que nous le prétendons, le copropriétaire du *de cujus*.

Nous avons prononcé plus haut les mots d'indignité légale; nous nous demandons si des dispositions de l'article 727 du Code Napoléon on ne pourrait pas tirer un argument contre notre théorie, et nous opposer que si la succession ou du moins la réserve, émanait réellement d'un droit de propriété existant antérieurement au décès du *de cujus*, l'héritier n'en pourrait être dépouillé, pour cause d'indignité, pas plus que, pour la même cause, il n'est dépouillé des biens qui lui sont provenus d'une autre source. Nous ne le croyons pas : La déchéance infligée à l'indigne est une peine que le législateur lui inflige en le frappant dans sa fortune, de même que dans l'article 792 du Code Napoléon, il punit l'héritier qui a diverti ou recélé des effets de la succession... de même, enfin, que pour le châtier d'un crime ou d'un délit, la législation pénale applique au coupable la confiscation ou l'amende.

Nous allons plus loin : L'article 727 nous paraît venir à l'appui de notre système. Le législateur nous semble dire à l'héritier indigne : « Tu faisais partie de l'association de la fa-

Digitized by Google

« mille. A ce titre tu avais des droits, mais ces droits corres-
« pondaient à des devoirs que tu as trahis. Tu as forfait au
« pacte social. Il est résolu pour toi. Tu seras traité comme
« s'il n'eût jamais existé à ton égard. »

Les dispositions de la loi relative à la réserve légale supposent donc, pour nous résumer sur ce point, la reconnaissance implicite d'une communauté de biens entre les parents et leurs enfants.

Nous trouvons dans l'article 380 du Code pénal une application non moins saisissante et plus étendue du même principe: la soustraction frauduleuse entre les époux, les ascendants, leurs descendants et les alliés au même degré n'est pas punissable. Sans rechercher les autres considérations qui ont présidé à la rédaction de cet article, n'est-il pas évident que le législateur a été inspiré par cette pensée que dans le cercle de la famille, la propriété reste plus ou moins commune entre les membres qui la composent, et que la propriété de l'un n'est pas tellement personnelle et exclusive qu'à l'égard de l'autre elle soit *la chose d'autrui!*

Sans insister sur ces considérations auxquelles nous n'attachons qu'une importance purement théorique, très-secondaire, constatons que la vocation de l'héritier, qu'on le prenne comme un *sociétaire* ou comme un *légataire*, a pour base, dans l'un et l'autre cas, l'affection supposée du *de cujus*.

C'est donc dans l'analyse psychologique des sentiments humains qu'il faut rechercher le principe de la loi des successions, sauf à le concilier dans son application avec les nécessités sociales.

IV.

Le mari, la femme, l'enfant....., et la famille est, avons-nous dit, déjà constituée dans sa source.

Elle s'étendra par la naissance d'autres enfants et de générations successives qui, dans leurs rapports respectifs et les combinaisons variées qu'elles pourront présenter, créeront les degrés divers de la parenté ; mais, réduite aux trois termes que nous venons d'indiquer, elle existe déjà, nous le répétons, dans sa source la plus pure, et c'est à cette source même qu'il faut l'étudier si l'on veut saisir, en quelque sorte sur le fait, les vrais sentiments de la nature.

Digitized by Google

A Dieu ne plaise que nous entendions soutenir qu'en dehors de son père, de sa mère, de ses enfants et de son conjoint, l'homme ne sent plus vibrer en lui la voix du sang,..... que les liens de la famille sont tellement relâchés qu'il échappe entièrement à leur étreinte !..... Non, sans doute, il n'en est pas ainsi.

Nous aimons nos petits-fils à l'égal de nos propres enfants, ou, pour mieux dire, nous aimons par-dessus tout notre descendance qui n'est autre chose que la continuation de notre propre individualité, de *notre moi se perpétuant dans l'avenir*, ainsi que nous l'avons exposé déjà.

Nous aimons nos frères, parce que le même sang coule dans nos veines, que le même sein nous a nourris, et que les mêmes intérêts de fortune et d'honneur nous réunissent comme membres de la société de famille;..... mais qu'on ne cherche pas à se le dissimuler, le lien n'est pas direct. Entre le frère et le frère, le père et la mère sont le trait d'union de leur affection mutuelle : vous aimez votre frère parce qu'il est, comme vous-même, la représentation vivante de vos auteurs communs, et la tendresse que vous avez pour lui ne lui parvient, en définitive, qu'en se réfléchissant, si nous pouvions employer cette expression, sur la personne de ceux à qui vous devez l'un et l'autre vie.

Telle est, cependant, la force du lien qui vous rattache à ces derniers, que vous associez à votre amour pour eux ceux qu'ils chérissent autant qu'eux-mêmes et que vous, c'est-à-dire leurs autres enfants et descendants, vos frères et vos neveux.

Que Dieu nous prive du bonheur de revivre dans notre postérité ou qu'il nous le retire après nous l'avoir donné,..... refoulé dans ses penchants les plus chers, notre cœur se reporte sur les parents qui nous ont donné l'existence ainsi que sur nos collatéraux les plus rapprochés.... Du bassin qui l'a produite, l'onde s'écoule en suivant la pente naturelle du lit qui la contient..... Elle n'y reviendra plus à moins qu'un obstacle anormal, imprévu, ne l'arrête en sa marche;.... mais l'obstacle a-t-il surgi, alors le torrent reflue vers sa source et se répand en même temps, dans les fleuves, ses frères, auxquels elle a, comme à lui, donné naissance.

C'est dans cet ordre d'idées que notre législation a trouvé la classification des préférences légitimes et instinctives de

Digitized by Google

l'homme, en y réservant, toutefois, une part plus ou moins restreinte à l'enfant issu d'unions réprouvées par la morale :

Nos descendants d'abord;

A défaut, notre père, notre mère, nos frères, nos sœurs et les représentants de ceux-ci.

Viendront ensuite, si nous n'avons ni frères, ni sœurs, ni neveux, ni nièces, ni arrière-neveux,..... et si notre père ou notre mère ne sont plus, les parents dont ces derniers étaient issus et qu'ils représentaient, c'est-à-dire nos ascendants plus éloignés.

Enfin, en l'absence de tous autres membres de la famille (des descendants, des ascendants, des frères et sœurs ou de la postérité de ces derniers), les collatéraux de notre père, de notre mère, de nos autres ancêtres, prendront dans notre cœur la place laissée vide par des êtres plus chers.

A ce point, la voix de la nature s'affaiblit et s'éteint. Les générations se compliquent. La parenté devient confuse. Il fallait poser des limites : le douzième degré sera le point extrême auquel s'arrêtera la succession légitime.

C'est laisser un assez vaste champ aux droits de la consanguinité, puisque notre arrière-petit-fils peut hériter encore de l'arrière-petit-fils de notre cousin issu de germain.

V.

Mais le père, la mère, les conjoints en un mot, source première de toute parenté, de toute famille, de toute affection naturelle, quitteront-ils donc la terre sans songer l'un à l'autre ? Ils s'étaient juré mutuellement une affection, un dévouement sans bornes. La femme avait quitté son foyer pour suivre son époux et lui rester fidèlement attachée dans le malheur aussi bien que dans la prospérité;..... pour devenir, enfin, « *la chair de sa chair, les os de ses os.* » — A la compagne de son choix, à celle qui lui consacrait sa vie, l'époux avait voué toute sa protection et sa tendresse.

Pendant de longues années, joies ou tristesses, opulence ou dénûment, tout entre eux a été commun à ce point que leurs deux êtres confondus n'en formaient plus, moralement, qu'un seul.

En frappant l'un d'eux, la mort va les séparer.

Digitized by Google

A cet instant fatal, toutes les forces affectives de notre âme se concentrent sur ceux que nous aimons : leur sort est notre préoccupation suprême..... C'est l'heure des volontés dernières. Le prémourant oubliera-t-il alors la moitié de lui-même qu'il va laisser isolée sur terre ?

Poser la question, c'est assez la résoudre : « *Malheur à ceux « qui auraient besoin de raisonnement et de discussion pour « reconnaître une vérité toute de sentiment !*[1] » Mais si la mort est trop tôt venue, si le *de cujus* n'a pas eu le temps de disposer de ses biens ; s'il a été négligent, imprévoyant, oublieux, sans doute la loi sur les successions,... « *qui est le testament « présumé de toute personne qui n'en a pas fait*[2] » suppléera à cette négligence, à cet oubli.

L'article 767 du Code Napoléon répond à la question : « *Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible ni « enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au « conjoint non divorcé qui lui survit.* »

Tous les successibles légitimes, quels qu'ils soient, jusqu'au douzième degré inclusivement, passeront avant lui : ainsi que nous l'avons déjà dit, l'arrière-petit-fils du cousin issu de germain du bisaïeul du *de cujus* sera préféré au conjoint de ce dernier.

Ce n'est pas tout : l'enfant, fruit d'unions éphémères réprouvées par la morale et la loi même, l'enfant naturel évincera l'époux. En présence de l'héritier légitime du douzième degré, il n'aurait encore eu qu'une portion de l'hérédité ; en face du conjoint auquel il ne peut rappeler que des souvenirs amers....; en face de l'époux, il aura tout, à moins, cependant, ce qui sera fort rare, qu'il n'ait été reconnu postérieurement à la célébration du mariage dissous.

Là ne s'arrêtent pas les préférences de la loi : à défaut de parents légitimes et d'enfants naturels, si le *de cujus* est lui-même un enfant naturel, ses biens passeront à ses père et mère, ou s'il n'en a pas, à ses frères et sœurs naturels (art. 765 et 766, C. Nap.) — Vainement, lors de la discussion au Conseil d'État, Bigot-Préameneu et, avec lui, quelques membres du conseil proposèrent-ils de donner à l'époux sur-

[1] Exposé des motifs de la loi relative aux successions.
[2] Même exposé.

Digitized by Google

vivant l'avantage sur les collatéraux naturels;... leur motion fut repoussée[1].

Il était dit que celui qui, pendant la durée de la société de famille, y avait occupé une des premières places, qui avait été l'un de ses fondateurs et de ses chefs, l'un des principaux organes de sa prospérité, en serait, en quelque sorte exclu quand la mort l'aurait dissoute, puisqu'on ne lui donne le pas que sur le fisc représentant la masse de la nation.

Il était l'un des premiers dans les affections du défunt;... la loi le repousse au dernier rang. Peut-être avait-il été riche, honoré, respecté. En rompant les liens qui l'unissaient au *de cujus*, la mort peut, sans transition, le réduire à la misère, dans un âge où, souvent, il n'aura plus le courage et la force nécessaires pour se reconstituer un nouvel avenir.

C'est, surtout, à l'égard de la femme, moins énergique à lutter contre les coups du sort, que les dispositions de la loi peuvent avoir les plus déplorables effets. Elle porte encore le nom de celui qui n'est plus. Toute son existence se rattache aux souvenirs qu'il a laissés, « *vidua adhuc coruscat radiis* « *mariti;* » mais la mémoire de son époux ne saurait la sauver du dénûment et des dédains qui, trop souvent, accompagnent la pauvreté.... Navrant spectacle que celui de cette malheureuse tout à coup déchue ! — Comme le disait l'avocat général Gueidan, dans une affaire jugée au parlement de Provence, le 17 juin 1737 : « *Si les bienséances sont choquées par* « *cette indigne dégradation, la justice ne l'est pas moins.* « *L'homme ne contracte-t-il pas, en se mariant, l'obligation de* « *pourvoir pour toujours à la subsistance de son épouse? Si pen-* « *dant la vie, il lui eût refusé son entretien, tous les tribunaux* « *se seraient élevés pour l'y contraindre. Sa mort sera donc la* « *raison qui réduira cette femme à la misère!* »

Le mal, heureusement, ne sera pas toujours aussi complet, nous devons en convenir : si le conjoint survivant a des enfants ou autres descendants issus du défunt, il pourra leur demander une pension alimentaire. Hors ce cas, il n'aura rien, absolument rien à réclamer;... lacune regrettable et involontaire, ainsi que nous l'établirons plus loin, que les observa-

[1] Locré, *Législation civile*, t. X, p. 95.

Digitized by Google

tions de Maleville au sein du Conseil d'État, lors de la rédaction de l'article 767, furent impuissantes à prévenir[1].

VI.

Plus humain était le droit de Rome, plus humain aussi était le droit français.

Sous la loi des Douze Tables, alors que la puissance paternelle s'exerçait dans toute sa force, la femme n'avait, il est vrai, aucun droit, comme épouse, à la succession de son mari, mais elle n'en était pas moins héritière parce que, comme le dit Heineccius, « *per ritum confarreationis, coemptionis et usûs,* « *in manum mariti conveniebat.* » Elle acquérait ainsi des droits à la succession du *de cujus* « *tanquam filiafamilias et* « *hæres sua.* » Gaïus l'énonce formellement : « *Uxor quoque* « *quæ in manu est, in suo hæres est, quia filiæ loco est*[2]...,» juste conséquence de la loi et qui en corrigeait la rigueur : puisque, de même que le fils de famille, la femme *in manu* n'acquérait rien pour elle-même, n'était-il pas équitable qu'à la mort de son mari elle fût, du moins, traitée comme sa fille et prît part à sa succession ?

Plus tard, lorsqu'avec l'affaiblissement de la puissance paternelle s'introduisit à Rome l'usage des mariages libres, la femme cessa d'être soumise à la *manus* pour conserver, légalement, le titre de fille à l'égard de ses parents et garder ses dieux domestiques, sa famille et ses biens. — Comme les époux n'étaient plus, respectivement, ni agnats ni cognats, ils étaient sans qualité pour se succéder l'un à l'autre. Mais la civilisation avait marché : par des interprétations subtiles et souvent hardies de la loi des Douze Tables, les préteurs s'efforçaient de faire entrer la jurisprudence dans la voie du progrès, et ce fut alors que prit naissance pour l'époux survivant le droit de succéder à son conjoint décédé sans postérité. — Le droit héréditaire de l'époux était reconnu dans son principe. Le premier pas était fait. La législation ne devait pas s'y arrêter.

Dans la novelle 53, chapitre VI, Justinien décida, sans distinguer entre le mari et la femme, que l'époux pauvre survivant aurait droit au quart des biens de son conjoint prédécédé

[1] Fenet, t. XII, p. 38.
[2] Domenget, p. 222, édition de 1847.

Digitized by Google

si ce dernier était mort riche et si, d'ailleurs, il y avait eu entre eux cohabitation constante.

La novelle 74, chapitre V, étendit cette faveur à la femme qu'un homme aurait prise dans sa maison avec promesse de l'épouser. Dans ce cas, si la femme n'avait pas reçu de dot, elle recevait le quart de la fortune de son mari, soit qu'il la chassât, soit qu'il mourût avant elle.

Enfin, la novelle 117, chapitre V, modifia les deux précédentes « *pour les mieux disposer.* » Si la femme n'avait pas d'enfant de son mari, elle conservait le droit au quart de sa succession, en toute propriété; s'il y avait des enfants communs et que leur nombre ne fût pas supérieur à trois, elle avait l'usufruit du quart; si le nombre des enfants excédait celui de trois, elle n'avait que l'usufruit d'une part d'enfant.

Ces dernières dispositions furent adoptées par notre ancienne jurisprudence dans les pays de droit écrit : On les retrouve dans l'authentique *præterea unde vir et uxor*, à cette différence près que l'époux exclu par Justinien avait un droit de survie aussi bien que l'épouse.

VII.

Dans les parties de l'ancienne France régies par le droit coutumier, l'institution du douaire assurait à l'épouse, en cas de prédécès de son mari, certains avantages, généralement la jouissance d'une partie de ses biens. C'était la dette alimentaire se continuant par delà le décès.

Le douaire pouvait être fixé à l'avance par le contrat de mariage et, dans ce cas, il recevait la dénomination de douaire *préfix* ou *divis*. Mais s'il n'existait pas de contrat, ou si le douaire de l'épouse n'avait pas été réglé, alors la coutume suppléait au silence des parties. C'était le *douaire coutumier*.

Nous n'entreprendrons pas de rappeler ici le texte de toutes les coutumes. Qu'il nous suffise d'en mentionner quelques-unes et de dire que, sauf des différences d'application, toutes reconnaissaient comme principe, le droit de la veuve à une partie des biens de son mari, soit en propriété, soit en usufruit seulement.

La coutume d'Orléans, titre XII, article CCXVIII, s'expri-

Digitized by Google

mait ainsi : « *Quand aucune femme, soit noble, soit non noble,* « *est conjointe par mariage, et par le traité n'y a aucun douaire* « *préfix, ladite femme par la coutume est douée de la moitié de* « *tous les héritages que son mari avait lors de la consommation* « *dudit mariage et de ceux qui lui adviennent de père et de mère,* « *aïeul ou aïeule et autres ascendants, pour d'icelle moitié jouir* « *par ladite femme sa vie durant en acquittant les charges que* « *doivent iceux héritages durant le temps dudit douaire.* »

La coutume de Paris (art. 248), et celle de Troyes (art. 86), contenaient une disposition semblable.

Celle de Normandie (art. 368) n'accordait à la veuve que l'usufruit du tiers des immeubles dont le mari était saisi au jour du mariage et de ceux qui, pendant la durée de l'union conjugale, lui étaient échus en ligne directe.

En Franche-Comté, « *la femme bourgeoise était douée à la* « *tierce partie de sa dot en usufruit.* » (art. 3, titre 2. — Des gens mariés.)

En Bourgogne, « *elle recevait la moitié des héritages anciens* « *dont le mari était mort vêtu et saisi,* » de sorte que, contrairement à ce qui avait lieu dans les autres provinces, il dépendait de l'époux d'anéantir, en aliénant ses biens, le droit éventuel de sa femme.

L'usement de Nantes lui accordait l'usufrnit des acquêts et tout le mobilier.

Peu importe, au surplus, la quotité du droit. —Ce que nous voulions établir historiquement, c'est que loin d'autoriser l'oubli qui a été fait du conjoint survivant dans la succession de l'époux prédécédé, la législation romaine et notre ancienne jurisprudence française, reconnaissaient unanimement son droit, du moins en ce qui concerne la veuve.

VIII.

Si, détournant les yeux des exemples du passé, nous jetons un regard sur la législation des peuples de l'Europe moderne, nous voyons que, seule ou presque seule, la France a méconnu le droit dont il s'agit.

En Autriche, le conjoint survivant a la totalité de la succession s'il n'y a pas de parents au degré successible ni d'enfants

Digitized by Google

naturels ou adoptés ; le quart de la succession, y compris les avantages nuptiaux ou les legs qui lui auraient été faits, s'il y a des parents autres que ceux ci-dessus désignés ; l'usufruit d'une part d'enfant, s'il y a trois enfants ou plus, et, s'il y en a moins, l'usufruit du quart de la succession (art. 757 à 759).

En Bavière, lorsque le *de cujus* est mort sans enfants, son conjoint survivant doit rendre aux héritiers du défunt ; 1° tout ce que celui-ci a apporté à la communauté moins le lit matrimonial ; 2° la nue propriété de la moitié des acquêts. S'il y a des enfants du dernier mariage du décédé ou d'une union précédente, sa femme survivante prend ses biens et hardes, sa dot, le don de noces qui lui a été fait par son mari, la contre-dot (ou avantage nuptial égal à la dot), en usufruit, enfin une part d'enfant dans le mobilier et les acquêts.

D'après le Code sarde, l'époux survivant, non séparé de corps, a droit à l'usufruit du quart de la succession de son conjoint décédé sans testament si celui-ci ne laisse pas plus de trois enfants. Autrement, l'usufruit n'est que d'une part d'enfant. L'époux est déchu de ce droit en passant à de secondes noces (art. 959).

Tout en adoptant la majeure partie des dispositions du Code Napoléon, le Code des Deux-Siciles accorde au conjoint privé de fortune, ou qui n'a point de patrimoine conforme à son état, une pension alimentaire égale au quart du revenu des biens s'il n'y a pas d'enfants ou s'ils ne sont pas plus de trois. S'il y a plus de trois enfants, cette pension n'est que l'équivalent du revenu d'une part d'enfant.

Le Code Napoléon a été l'objet de modifications analogues dans le grand-duché de Bade où il est encore en vigueur dans la majeure partie de ses dispositions : l'époux survivant a toujours, s'il n'y a pas d'enfants, l'usufruit des biens de l'époux décédé, à moins de convention contraire (art. 738).

En Suisse, dans le canton de Vaud, l'époux survivant recueille : 1° la moitié de la succession à défaut d'enfants, père, mère, frères ou sœurs, ou descendants de ces derniers; 2° le quart seulement s'il n'y a pas d'enfant, mais père ou mère, frères ou sœurs même utérins ou consanguins ou descendants de ceux-ci; 3° l'usufruit des biens dévolus à ses enfants dans la succession de l'époux décédé, sauf, pour l'enfant marié ou devenu majeur, le droit de se faire mettre en posses-

Digitized by Google

sion de la moitié des biens grevés de cet usufruit (art. 541 à 545).

L'article 631 du Code prussien accorde à l'époux survivant une réserve légale sur la succession de son conjoint prédécédé.

Le nouveau Code italien, promulgué à Florence le 25 juin 1865, contient, dans ses articles 753 à 757, des dispositions qui nous paraissent mériter une attention toute particulière et que, pour ce motif, nous croyons devoir transcrire littéralement :

Article 753. « *Quand le défunt laisse des enfants légitimes,* « *son conjoint survivant a droit à l'usufruit d'une portion hé-* « *réditaire égale à celle de chaque enfant, en comptant le con-* « *joint lui-même au nombre des enfants. Si des enfants naturels* « *concourent avec les légitimes, l'usufruit du conjoint survi-* « *vant est d'une portion d'enfant légitime. Cependant, cette* « *portion, dans aucun cas, ne pourra dépasser le quart de* « *l'hérédité.* »

Article 754. « *S'il n'y a pas d'enfants légitimes, mais des* « *ascendants ou des enfants naturels ou des frères ou sœurs ou* « *descendants d'eux, le tiers de l'hérédité est dévolu en toute* « *propriété au conjoint survivant. Néanmoins, si ce dernier* « *concourt en même temps avec des ascendants légitimes et des* « *enfants naturels, il n'a plus droit qu'au quart de l'hérédité.* »

Article 755. « *Si le défunt n'a laissé que des collatéraux,* « *le conjoint recueille les deux tiers de l'hérédité; mais si les* « *collatéraux sont au delà du sixième degré, le conjoint re-* « *cueille l'hérédité entière.* »

Article 756. « *Le conjoint survivant en concours avec d'au-* « *tres héritiers doit imputer sur sa portion héréditaire ce qu'il* « *a acquis par l'effet des conventions matrimoniales et des* « *gains dotaux.* »

Article 757. « *Les droits de succession accordés au conjoint* « *survivant sont refusés à celui contre qui le défunt avait ob-* « *tenu un jugement de séparation de corps passé en force de* « *chose jugée.*[1] »

Ne multiplions pas des citations peut-être déjà trop nombreuses et cherchons dans notre propre législation si, depuis

[1] *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1865, p. 195 et suiv.

Digitized by Google

la promulgation du Code Napoléon, le droit du conjoint survivant n'a pas reçu une consécration plus large.

IX.

Plusieurs de nos lois, dont la plus récente date de 1853, accordent à la veuve du militaire, du marin, du fonctionnaire, de tout serviteur rétribué de l'État, une pension proportionnée à l'importance et à la durée des services rendus par le défunt; et la loi du 14 juillet 1866, complétant la législation antérieure sur la transmission héréditaire des droits d'auteurs[1], dispose dans son article 1er que « *pendant cinquante ans, a « partir du décès d'un auteur, compositeur ou artiste, son con- « joint survivant a la simple jouissance des droits dont le dé- « funt n'a pas disposé par acte entre-vifs ou par testament; que « si, toutefois, l'auteur laisse des héritiers à réserve, cette jouis- « sance est réduite, au profit de ces héritiers suivant les propor- « tions et distinctions établies par les articles* 913 *et* 915 *du « Code Napoléon.* »

Ces lois ne nous offrent-elles pas la protestation la plus éclatante qui pût être faite contre l'oubli dans lequel le Code a laissé le conjoint survivant[2]? En effet, de toutes les choses qui peuvent être l'objet d'une possession, rien, à coup sûr, ne nous est plus personnel, rien ne nous appartient à un plus haut degré que notre travail et les productions de l'esprit, et cependant, telle est l'étroitesse du lien qui unit les époux que le législateur n'a pu, dans sa pensée, les séparer l'un de l'autre, et n'a pas craint, en agissant ainsi, de s'écarter de la voie suivie par le Code Napoléon. Il a compris que, pour être fécond, le travail ne doit pas être égoïste, et que, lorsqu'ils consacrent à l'étude, à l'art, au service du pays, leur temps, leur santé, leur vie, quelquefois..., le savant, le poëte, le peintre ou le serviteur de l'État n'ont pas seulement en vue leur propre intérêt; qu'ils songent aussi à l'avenir de ceux

[1] La législation antérieure se compose des lois des 13 janvier 1791, 19 juillet 1793, 10 septembre 1793, du décret du 5 février 1810, des lois du 3 août 1844 et du 8 avril 1854.

[2] Voir à cet égard les travaux préparatoires des lois du 9 juin 1853 et du 14 juillet 1866, et notamment le rapport fait au Corps législatif par M. Perras au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits des héritiers et ayants cause des auteurs.

Digitized by Google

qui leur sont chers, et que, parmi ces derniers, l'époux ou l'épouse qui, par ses soins et son assistance morale, leur aplanit les voies du travail, est nécessairement l'objet de leur plus vive sollicitude[1].

Gardons-nous, du reste, d'accuser notre Code d'imprévoyance ou de dureté.... La lacune que nous regrettons n'existe que dans le texte; elle n'était pas dans la pensée des rédacteurs de la loi, ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de l'indiquer : lors de la discussion au conseil d'État, Maleville fut frappé du silence du projet relativement au conjoint survivant et « *fit observer qu'on avait omis d'y insérer une disposition « reçue par la jurisprudence et qui lui donnait une pension « lorsqu'il était pauvre et qu'il ne recueillait pas la succes- « sion.* » Treilhard répondit que « *dans l'article 55 du projet on « lui accordait l'usufruit du tiers des biens.* » Cette disposition n'existait pas. Treilhard avait commis une erreur, mais on se contenta de sa réponse sans en vérifier l'exactitude et, du projet, l'omission passa dans la loi[2].

Il serait presque superflu d'ajouter qu'elle a soulevé les plus vives critiques de la part de tous ou de presque tous les jurisconsultes[3].

X.

En 1850, l'Assemblée législative fut saisie par huit de ses membres d'un projet de réforme. MM. Durieu, Bac, Bourzat, Chouvy, Ceyras, Sage, Dain et Auguste Clément proposèrent de fixer les droits du conjoint indigent dans la succession de l'époux prédécédé à l'usufruit d'un quart, lorsqu'il n'existerait pas plus de trois enfants; à celui d'une part d'enfant, lorsqu'il y en aurait un plus grand nombre; à un quart en pleine propriété, lorsqu'il n'y aurait pas d'enfants.

Ce projet ne devait pas réparer le mal, pas plus que les ob-

[1] La loi sur les pensions est muette relativement au mari survivant, par cette raison sans doute que les femmes sont rarement pourvues de fonctions publiques. Il en est autrement, ainsi qu'on l'a vu, de la loi du 14 juillet 1866. Le mari et la femme y sont placés sur la même ligne.

[2] Fenet, t. XII, p. 38.

[3] Voir notamment M. Batbie, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXVIII, 2e livraison, p. 145, et M. Rodière, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1856, p. 138 et suiv.

Digitized by Google

servations du conseiller d'État Maleville n'avaient pu le prévenir. La commission chargée de l'examiner repoussa le système d'un droit héréditaire et se borna à proposer de reconnaître au conjoint survivant non remarié un droit alimentaire sur la succession de l'époux prédécédé; mais le projet ainsi modifié resta sans effet et tomba dans l'oubli.

Espérons, toutefois, que nous verrons se réaliser, non-seulement à l'égard de la femme, mais encore en faveur du mari, le vœu qu'exprimait M. Paul Sauzet lorsque, après avoir applaudi à l'abolition de la mort civile, il ajoutait ces paroles : « *Avant peu, si je ne me trompe, l'hypothèque occulte de la* « *femme aura disparu*, ET SON DOUAIRE SERA RÉTABLI. ON ASSU- « RERA LES DROITS DE SON VEUVAGE ET LA DIGNITÉ DE SA VIE. »

XI.

Nous croyons avoir démontré le droit de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé.

Sous quelles conditions et dans quelles limites ce droit devrait-il s'exercer? Telles sont les questions qui nous restent à traiter.

Et d'abord, conviendrait-il d'accorder au mari sur les biens de sa femme les mêmes avantages qu'à celle-ci sur la succession de son époux? Si la femme est faible, impuissante, le plus souvent, à se procurer par le travail les ressources dont elle a besoin, l'homme est fort,... fort pour lui-même et pour autrui, puisque la nature l'a fait le protecteur et le soutien de sa compagne et de ses enfants,... que c'est à lui qu'il appartient de les nourrir et de les défendre, et que sa fierté même répugne à ce que les rôles soient intervertis entre eux. C'était là la pensée dominante qui avait présidé à l'institution du douaire, lequel n'existait qu'au profit de la veuve, « *parce que*, dit « Lebrun, *la nature a donné à l'homme plus de force pour ga-* « *gner sa vie.* » Tout en reconnaissant que, dans la majeure partie des cas, l'épouse mérite, à ce point de vue, plus d'intérêt que l'époux, nous ne pensons pas qu'il fût opportun de créer au profit de l'un un droit dont l'autre serait privé, et c'est avec raison, selon nous, que la novelle 53 de Justinien, ainsi que l'a fait depuis la jurisprudence des pays de droit écrit, leur attribuait les mêmes avantages : l'homme n'est-il

Digitized by Google

pas, en effet, aussi bien que la femme, sujet à la maladie et ne doit-il pas, en tout cas, subir, comme elle, les défaillances et les infirmités de la vieillesse? Qu'importe, d'ailleurs, dans la question qui nous occupe, la différence de force qui peut résulter de la différence des sexes? Il s'agit ici d'un testament fondé sur les préférences présumées du *de cujus;* or, si les époux se devaient mutuellement une affection égale, ils ont un droit égal à l'hérédité l'un de l'autre... La loi s'occupe-t-elle du sexe des enfants pour répartir entre eux la succession de leur père?

Nous n'hésitons donc pas à penser que le droit de survie devrait être réciproque entre époux. Toutefois, il est un cas où la règle pourrait recevoir exception, et que nous devons examiner : nous voulons parler de la séparation de corps. La novelle 53, chapitre VI, exigeait, pour que le survivant des époux obtînt une portion de la succession, *qu'il y eût eu entre eux une cohabitation constante.* Plusieurs coutumes contenaient une disposition semblable que nous trouvons reproduite dans la majeure partie des législations modernes et dans les lois relatives aux pensions et à la transmission des droits d'auteurs.

La loi du 11 avril 1831 dispose dans son article 20 « *qu'en « cas de séparation de corps, la veuve d'un militaire ne peut « prétendre à aucune pension.* » La loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles reproduit la même exclusion en la réduisant au cas où les causes de la séparation proviennent de la femme : « *Le droit à pension n'existe pas pour la veuve dans « le cas de séparation de corps prononcée sur la demande du « mari.* » (Article 13, dernier paragraphe.)

Enfin, la loi du 14 juillet 1866, porte que le « *droit de jouis- « sance accordé au conjoint survivant sur les œuvres du con- « joint défunt n'a pas lieu lorsqu'il existe, au moment du « décès, une séparation de corps prononcée contre ce con- « joint.* »

Quoi de plus juste, en effet, que celui qui s'est rendu coupable envers son époux d'infidélités, de sévices ou d'outrages ne profite pas de sa fortune? Qui ne serait révolté de voir la femme adultère venir réclamer une part des biens de l'homme dont elle a détruit le bonheur et peut-être abrégé la vie par les chagrins qu'elle lui a causés? ..... N'est-ce pas assez que

Digitized by Google

lui faisant subir la peine de fautes dont elle seule était coupable, elle l'ait privé des joies du mariage, qu'elle lui ait rendu odieux, même le titre de père, et qu'enfin, dégagée de tout frein par le fait de la séparation, elle ait pu souiller encore dans de nouvelles débauches un nom dont elle s'était rendue indigne et qu'elle n'avait déjà que trop flétri.....

Dans ce cas que nous ne prenons qu'à titre d'exemple, comme l'un des plus saisissants, de même que dans tous autres où la séparation de corps est prononcée, l'époux coupable nous paraîtrait devoir être privé de tout droit de survie dans la succession de son conjoint, à moins que depuis le jugement une réconciliation n'eût eu lieu.

Ici se présente la question de savoir si l'exclusion serait réciproque. Ainsi que nous l'avons vu, la loi du 14 juillet ne l'inflige qu'à l'époux contre qui la décision judiciaire a été prise; et c'est avec raison, il faut le reconnaître, car s'il est juste de punir l'indignité du coupable, il serait inique de frapper de la même déchéance celui qui n'a été qu'offensé. Si la succession *ab intestat* a pour base les affections présumées du *de cujus*, on ne peut supposer que l'époux qui s'est vu réduit à recourir à l'intervention des tribunaux pour mettre un terme à une communauté d'existence que la conduite de son conjoint lui rendait odieuse, ait pu conserver, à l'egard de celui-ci, les sentiments de préférence sur lesquels est fondé le titre légal de l'héritier. Mais il en est autrement en ce qui concerne le conjoint à l'encontre duquel la séparation a été prononcée : coupable, il doit se repentir, revenir au bien, et ne conserver en son cœur ni haine ni rancune, mais seulement le remords de ses fautes et le désir de les réparer.

Sans doute il n'en est pas toujours ainsi dans la réalité des faits, car telle est l'injustice de notre nature que souvent nous haïssons nos ennemis, moins à cause des torts dont nous pouvons les accuser, qu'à raison du mal que nous leur avons fait nous-mêmes. Aussi, n'avons-nous entendu parler que de la règle à poser en prenant pour base ce qui nous semble équitable. Chacun resterait libre de s'y conformer ou d'y déroger, au moyen de donations entre-vifs ou testamentaires; car, disons-le dès maintenant, sauf à y revenir plus tard, le droit de survie du conjoint ne saurait être, dans notre pensée, l'objet d'une réserve légale.

Digitized by Google

XII.

Ici se présente la question de savoir s'il devrait être maintenu à l'époux survivant dans le cas d'une nouvelle union par lui contractée. Pour la résoudre, il suffit de faire appel aux sentiments instinctifs du cœur humain, source du droit héréditaire.....

Si nous recherchons ce qui se passe en nous quand, sur le point de quitter la vie, nous partageons nos biens entre ceux qui nous sont chers, nous trouverons aisément la solution du problème : Une des dernières consolations du mourant est de penser que sa mémoire restera gravée dans le souvenir des êtres qu'il chérit, et, qu'absent pour toujours, il conservera dans leur cœur la place qu'il y avait pendant sa vie,... et pourquoi ne pas avouer cette dernière faiblesse de notre nature égoïste, c'est à cette pensée, peut-être, qu'il faut rapporter la plupart des libéralités testamentaires.... Quelquefois, sans doute, nous payons une dette de reconnaissance ou d'amitié, mais, le plus souvent, nous voulons nous assurer par avance le respect et les regrets dont nos parents ou nos amis entoureront notre tombeau, et, dans notre for intérieur, ce tribut de respect et de regrets est, en quelque sorte, la condition tacite des avantages que nous leur faisons.

Ne doit-on pas conclure de là que, sauf de rares exceptions, le testateur (homme ou femme), qui dispose en faveur de son conjoint, s'abstiendrait de le faire s'il supposait que ce dernier dût se consoler du veuvage par une autre union ? Ses libéralités n'auraient-elles pas, en effet, un résultat diamétralement contraire à celui qu'il espère, puisqu'au lieu d'empêcher, elles ne feraient que faciliter le mariage?

Ce raisonnement que nous appliquons au *testament presumé* du défunt, mort *intestat*, n'est pas le seul que nous puissions invoquer à l'appui de notre opinion. Nous venons de considérer le conjoint disposant de ses biens, *soit expressément*, *soit tacitement*, sous la seule influence des sentiments de générosité que lui inspirent ceux qu'il gratifie de ses bienfaits.

Envisageons maintenant le droit héréditaire du conjoint, non plus comme un acte de libéralité, mais comme le payement d'une dette, comme la continuation par delà le décès de l'o-

Digitized by Google

bligation qu'ont les époux de se fournir des aliments. Dans ce cas encore, la solution serait la même : l'époux qui se remarie brise le dernier lien qui le rattachait au *de cujus* ; il répudie sa mémoire, il rompt avec son passé. En se créant une position nouvelle, en se donnant une nouvelle assistance, il met lui-même un terme à celle dont le défunt le couvrait encore.

C'est par ces motifs qu'à l'exemple de plusieurs des législations modernes que nous avons indiquées, la loi du 14 juillet 1866 fait cesser le droit de survie qu'elle accorde au conjoint veuf d'un auteur, compositeur ou artiste, « *au cas où ce conjoint contracte un nouveau mariage.* »

C'est encore par les mêmes raisons, croyons-nous, que la commission chargée de l'examen du projet de loi présenté au Corps législatif en 1850, avait proposé de déclarer déchu du droit alimentaire qu'elle lui reconnaissait, le conjoint survivant qui viendrait à se remarier.

Pour compléter cette partie de notre travail, nous nous bornons à transcrire ici, sans les commenter, ces paroles par lesquelles M. Victor Lefranc, rapporteur du projet modifié, indiquait le but de cette déchéance : « *Le maintien du droit* « *aux aliments malgré le convol serait,* disait-il, *une provo-* « *cation fâcheuse aux secondes noces* [1]. »

XIII.

Nous venons d'indiquer les deux exceptions qui, selon nous, devraient être faites à la règle.

Conviendrait-il d'en créer une troisième en excluant de la succession, ainsi que l'avait fait Justinien, le conjoint qui ne serait pas indigent? Nous ne le pensons pas, et notre opinion n'est que la conséquence directe du principe que nous avons posé : en effet, si, comme nous croyons l'avoir établi, le conjoint est un héritier, son droit ne saurait être subordonné à la quotité de ses ressources personnelles. Entre deux enfants, l'un riche, l'autre pauvre, la loi fait-elle donc une différence? Non : leur titre est égal, leur part l'est aussi. Ainsi devrait-il en être à l'égard du conjoint.

[1] *Revue Volowski*, année 1853.

Digitized by Google

Il est, d'ailleurs, de l'essence des lois d'être générales et de laisser le moins de place possible à l'intervention des tribunaux. Or, qui n'entrevoit les procès nombreux qu'engendrerait la constatation de l'indigence, état éminemment relatif, qui dépend d'une foule de circonstances,... de notre éducation, de nos besoins, de nos habitudes.

Ajoutons qu'on n'assiste que trop souvent devant nos tribunaux au triste spectacle d'enfants qui refusent ou marchandent à leur père, à leur mère, le pain que réclament ces derniers, et qu'il nous semblerait inopportun d'étendre le nombre des cas où peuvent se produire ces manifestations désolantes de l'ingratitude ou de l'égoïsme.

S'il était nécessaire d'invoquer des autorités à l'appui de notre opinion, nous dirions que le droit coutumier ne distinguait pas, pour l'attribution du douaire, entre la veuve riche et la veuve pauvre,... que la loi sur les pensions civiles et militaires n'établit, non plus, aucune différence entre elles; qu'il en est de même, enfin, de la loi du 14 juillet 1866 et de plusieurs des législations modernes qui accordent au conjoint opulent les mêmes avantages qu'à celui qui n'a pas de fortune.

XIV.

Après avoir examiné à quelles conditions il conviendrait de subordonner l'exercice du droit de survie du conjoint, il nous reste à rechercher en quoi ce droit devrait consister, et quelles en seraient les limites suivant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Nous excluons, d'abord, la supposition que le droit dont il s'agit pût être restreint à une pension alimentaire : les raisons que nous avons exposées dans les pages qui précèdent nous dispensent de plus longs développements à cet égard.

Nous excluons, également, la pensée d'une attribution en pleine propriété, et notre motif est la volonté supposée du *de cujus;* s'il est naturel, en effet, que l'on songe en mourant à assurer l'avenir de son conjoint, il est anormal que l'on veuille enrichir les parents de ce dernier, au préjudice de ceux que l'on a soi-même; ou, pour nous exprimer autrement, si nous aimons notre conjoint autant et plus que certains héritiers de notre sang, nous préférons ceux-ci à la famille de notre époux.

Digitized by Google

C'est assez dire que, suivant notre opinion, le droit de survie du conjoint ne devrait consister qu'en un usufruit, ce qui concilierait tous les intérêts.

XV.

En règlant les droits du conjoint survivant, plusieurs législations étrangères, notamment celle de la Prusse, lui accordent une réserve. Conviendrait-il d'introduire dans notre Code une disposition semblable? La négative ne paraît pas douteuse : ce serait encourager les spéculations qui, trop souvent déjà, sont le mobile et le but des mariages. Ce serait assurer indistinctement à tous les époux qui survivraient à leur conjoint un avantage qui ne doit être que la récompense du devoir accompli; ce serait, dans un certain nombre de cas, violenter, en quelque sorte, la volonté du prémourant, et faire dériver, enfin, d'un contrat une dette à laquelle les liens les plus étroits de consanguinité peuvent seuls donner naissance.

Sans doute, dans notre système, nous admettons comme *règle que le droit de survie sera mérité et que le prémourant aura voulu l'accorder*. Nous l'admettons, parce que l'accomplissement des devoirs qu'impose le mariage est commandé par la loi civile et religieuse, et que l'inobservation de la loi ne doit être supposée qu'à titre d'exception; toutefois il nous semblerait inopportun de ne pas laisser à chacun la faculté d'apprécier si son conjoint est ou non digne de ses libéralités, et de lui retirer ou de réduire, s'il le juge à propos, au moyen de dispositions entre-vifs ou testamentaires, l'avantage que la loi lui eût conféré.

XVI.

Nous n'avons plus, pour terminer cette étude, qu'à rechercher dans quelles limites devrait se renfermer le droit d'usufruit du conjoint survivant suivant le nombre ou la qualité des héritiers en présence desquels il se trouverait placé. Ici les déductions de principes sont impuissantes à fournir une solution que nous chercherions, d'ailleurs, vainement dans les législations anciennes ou modernes ; car, si toutes sont unanimes à reconnaître au conjoint un droit héréditaire, elles varient à

Digitized by Google

l'infini quant à la nature et à l'étendue de ce droit. On ne peut donc qu'émettre des appréciations personnelles en se fondant sur ce qui semble le plus équitable et en même temps le plus conforme à l'intérêt des familles et à la volonté présumée du *de cujus*.

Lorsque le défunt laisse après lui des enfants ou descendants d'eux, qu'ils soient ou non issus du même mariage, il nous semblerait juste de fixer l'usufruit du conjoint survivant à un quart des biens, dans le cas où il n'y aurait pas plus de trois enfants existants ou représentés, et à une part d'enfant seulement, dans le cas où ils seraient en plus grand nombre.

C'était la mesure adoptée par la novelle 117, à cette différence près que nous n'attribuons pas au conjoint un avantage plus considérable lorsqu'il est en concours avec les enfants d'un lit précédent que lorsqu'il est en présence de ses propres enfants. Notre motif est que le titre de l'héritier a pour base l'affection supposée du *de cujus* et qu'on répugne à penser que le fruit d'une dernière union puisse être l'objet de plus de préférence que celui de mariages antérieurs.

Quand le *de cujus* meurt sans postérité, l'émolument du conjoint survivant nous paraîtrait devoir être plus étendu : son droit augmente à mesure que le titre des héritiers du sang diminue. Il serait alors, à notre avis, équitable de lui attribuer une moitié des biens en usufruit, lorsqu'il se trouve en présence des père et mère du défunt, de ses frères ou sœurs ou descendants d'eux ; les trois quarts, lorsque les héritiers appelés par la loi sont des ascendans autres que le père ou la mère, et, enfin, l'usufruit de tout, lorsque le défunt n'a laissé, pour lui succéder, que des collatéraux ordinaires.

Nous appliquons le même système au cas où le *de cujus* aurait un ou plusieurs enfants naturels vivants ou représentés : la part héréditaire de ces derniers subirait l'usufruit du conjoint dans la proportion de leur émolument, tel qu'il est fixé par l'article 757 du Code Napoléon.

Que si le *de cujus* n'avait pas d'héritiers légitimes au degré successible et ne laissait que son conjoint et un ou plusieurs enfants naturels, il serait convenable, ce nous semble, d'attribuer à chacun des ayants droit, une portion égale de l'hérédité, en restreignant celle du conjoint à un usufruit.

Enfin, si le *de cujus* est, lui-même, enfant naturel et s'il est

Digitized by Google

décédé sans postérité, nous pensons que dans les hypothèses prévues par les articles 765 et 766 du Code Napoléon, il y aurait lieu de donner indistinctement au conjoint survivant l'usufruit de toute la succession, en maintenant, toutefois, aux père et mère naturels, le droit de retour réservé aux ascendants donateurs par l'article 747 du Code Napoléon.

XVII.

Pour résumer l'ensemble de ce travail, il conviendrait, selon nous, de modifier la loi dans ce sens :

1° Qu'un droit d'usufruit plus ou moins considérable suivant les distinctions qui viennent d'être établies, serait attribué au conjoint survivant sur la succession de l'époux prédécédé, à moins que ce dernier n'en eût autrement disposé ;

2° Que sur ce droit seraient imputées toutes libéralités faites au survivant par le *de cujus* ;

3° Que le conjoint contre qui une séparation de corps, non suivie de réconciliation, aurait été prononcée à la requête du prémourant serait déchu du droit en question ;

4° Que ce même droit prendrait fin par le convol du bénéficiaire.

LE SÉNÉCAL.

Digitized by Google

COMMENTAIRES DE LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS

des 24-29 juillet 1867

D'APRÈS LES DOCUMENTS OFFICIELS ET LES DISCUSSIONS PARLEMENTAIRES

Par M. MATHIEU, avocat à la Cour impériale, député au Corps législatif, Rapporteur de la loi,

et M. A. BOURGUIGNAT, président du tribunal civil de Clermont (Oise), ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

INTRODUCTION [1].

. . . . . .

....On sait quels faits se produisirent après 1830, quels scandales éclatèrent en 1835, 1836, 1837 et 1838, et à quel point les sociétés en commandite par actions, nominatives ou au porteur, différèrent profondément de la situation qu'avait eue en vue le législateur de 1808 ; l'exagération effrontée des apports, le mensonge des prospectus, les distributions frauduleuses de dividendes fictifs empruntés au capital et qui ruinaient l'avenir, là même où l'objet mis en société n'était pas une illusion décevante, et cela pour enrichir des fondateurs sans scrupule, à l'aide de primes honteuses. On se rappelle ces conseils de surveillance, créés de toutes pièce par le contrat, sans droits et sans devoirs nettement définis, contribuant à tromper le public, en lui offrant une garantie apparente et qui, devant la justice, échappaient, en fait, presque toujours à la responsabilité.

Il y avait là une série de fraudes spéciales contre lesquelles les lois qui répriment l'abus de confiance et l'escroquerie étaient désarmées. On peut le demander aux fondateurs de commandites qui, pendant longues années, ont réussi à passer à travers les mailles trop peu serrées du Code pénal.

[1] Nous aurions voulu donner aux lecteurs la préface entière du Commentaire que vont publier prochainement MM. Mathieu et Bourguignat; mais le défaut d'espace ne l'ayant pas permis, nous avons choisi le passage où l'honorable rapporteur de la loi sur les sociétés défend le système des restrictions et précautions contre celui de la liberté absolue des conventions. En reproduisant cette partie, nous croyons faire preuve d'impartialité, car le système de la liberté absolue a été soutenu dans la *Revue*, par M. Beudant. (T. XXXI, p. 404.) (*Note de la direction.*)

Digitized by Google

Voilà les *victorieux*, pour rappeler le langage de l'honorable M. Émile Ollivier, contre lesquels la loi, d'accord avec la morale, a réagi en 1838 et en 1856. Ils ont pu, le bien sort parfois du mal, donner à la commandite par actions un organisme mieux en harmonie avec les besoins de notre époque, mais la loi, à laquelle ils semblaient faire violence, n'y mettait point obstacle, puisque la justice avait consacré ces victoires qu'on saluait au Corps législatif comme un progrès. Ils avaient triomphé sans doute, mais de quoi ? de la morale, et de la probité outragées par leur pratiques, et que le Code pénal était impuissant à venger.

C'est à cette impuissance qu'il a fallu remédier, et la loi de 1856 n'a pas voulu autre chose. Il y avait là un état de choses nouveau, un mal inconnu jusque-là qui provoquait une réglementation nouvelle. Ce mal, il avait sa cause exclusive dans la forme des sociétés en commandite par actions, et le législateur n'a pas porté son effort ailleurs. Il n'a pas touché aux sociétés de personnes, dont la constitution et les actes n'avaient été l'occasion d'aucun abus sérieux. Le projet de 1867, en atténuant les rigueurs, n'a pas fait autre chose ; il a maintenu les garanties, et en cela, loin de manquer à la liberté, il l'a servie en la préservant du retour des scandales qui, à diverses époques, l'ont déshonorée.

Il faut nous arrêter, sans avoir épuisé les considérations qui se rattachent à ce problème, et qui toutes, nous ne craignons pas de l'affirmer, conduisent à la justification de la loi nouvelle.

Mais il en est une, décisive à notre sens, et que nous ne voudrions pas omettre.

Quel moment choisit-on pour accuser cette loi de formalisme et de réglementation outrée ? Celui, précisément, où les législations étrangères, s'inspirant plus ou moins de la nôtre loin de consacrer cette simplicité chimérique qui dédaigne les faits et l'expérience, entourent de précautions, on pourrait dire d'entraves, les sociétés par actions, quelle qu'en soit la forme.

Nous ne savons ce qu'a fait l'Angleterre, au siècle dernier, après la faillite de la société des mers du Sud [1] ; mais ce qu'elle

[1] Fait cité par M. Ollivier dans son discours.

Digitized by Google

a fait au siècle où nous sommes, c'est notamment la loi du 7 août 1862, sur les *sociétés industrielles et de prévoyance*, où se rencontrent des restrictions à la liberté conventionnelle, que personne, chez nous, n'a eu la pensée de proposer.

Au moment même où notre loi était discutée, le parlement prussien en votait une « sur les sociétés formées d'un nombre de membres non limité, et ayant pour objet le développement du crédit, de l'industrie ou de l'économie domestique de leurs membres *par un système de coopération*, savoir :

1° *Les sociétés d'avance et de crédit ;*

2° *Les sociétés pour l'acquisition et l'emmagasinage des matières premières ;*

3° *Les sociétés pour la production et la vente, à compte commun, des marchandises confectionnées ;*

4° *Les sociétés pour l'achat en gros, à frais communs, des objets nécessaires à la vie, et la vente en détail desdits objets à leurs membres ;*

5° *Les sociétés se chargeant d'établir des logements pour leurs membres.*

Il s'agit bien là, on le voit, du cercle entier qu'embrasse l'activité coopérative.

Nous ne pouvons reproduire, même par une analyse rapide, les 57 articles dont cette loi se compose ; quelques exemples donneront une idée de son caractère général et de l'esprit qui l'a inspirée. Cet esprit, ce n'est pas la haine de liberté, ce n'est pas le désir d'arrêter le mouvement imprimé aux idées d'association par M. Schultze de Delistch, car, si nos souvenirs sont fidèles, le rapporteur de la loi a été M. Schultze lui-même, et son but a été de consacrer les règles que sa prudence inscrivait, avant qu'elles fussent la loi, dans les contrats provoqués par son initiative.

Parmi les conditions obligatoires, au nombre de 12, que l'article 3 impose à la société et qui, presque toutes, ont trait à son régime intérieur, se trouve « la disposition que tous les associés répondent des engagements sociaux *solidairement* et sur la totalité de leurs biens.

Si l'article 8 déclare l'acte de société la règle par excellence des rapports juridiques des associés entre eux, il ajoute : « Ledit acte ne pourra s'écarter des dispositions des articles ci-

Digitized by Google

après que sur les points pour lesquels une dérogation est expressément autorisée. »

Indépendamment des quarante-neuf dispositions qui suivent et qui, pour la plupart, ont un caractère strictement obligatoire, l'article 10 applique aux sociétés, en ce qu'elles n'ont pas de contraire à la loi spéciale, les dispositions du Code de commerce général d'Allemagne et de la loi du 24 juin 1861 qui l'a introduit, au sujet des commerçants.

S'il est facile d'entrer dans la société et d'en sortir, « tout membre entrant dans une société déjà établie répond, comme les autres membres, de toutes les obligations contractées par la société avant son entrée. Toute convention contraire est sans effet légal contre les tiers. » (Art. 11.) D'un autre côté (art. 38), les membres sortis volontairement ou exclus de la société, ainsi que les héritiers des membres décédés, sont, jusqu'à l'expiration de la prescription (deux ans, art. 51), tenus, envers les créanciers de la société, de toutes les obligations qu'elle a assumées au moment de leur sortie.

Nous n'irons pas plus loin dans cette analyse. L'ensemble de la loi ne dément pas les dispositions qu'on vient de lire. La réglementation, c'est-à-dire un système de garanties nécessaires au delà du Rhin comme chez nous, y trouve une large place.

Est-ce le seul exemple à citer? — Non. Un pays voisin qu'on n'accusera pas de méconnaître et de craindre la liberté, la Suisse, veut substituer l'*unité*, en matière *commerciale* du moins, à la diversité qui règne entre tous les cantons. Un projet y a été élaboré[1] dans lequel 156 articles sont consacrés aux seules sociétés commerciales, 47 à la société en nom collectif, 60 à la société par actions (société anonyme), 16 à la société en commandite simple, 28 aux sociétés en commandite par actions.

Aux termes de l'article 146 « les statuts de la société (par actions) en déterminent librement l'organisation, en se conformant aux dispositions spéciales de la loi ; » et ces dispositions, il est facile de le comprendre, règlent toutes choses, et

[1] Nous avons dû ce projet et l'exposé de ses motifs à l'obligeance de leur auteur, M. le docteur Walther Munziger, professeur à l'Université de Berne, auquel nous adressons ici nos sincères remerciments.

Digitized by Google

les rapports des associés entre eux, et ceux de la société avec les tiers, avec une minutie et une rigueur qu'aucune loi française n'a imitées.

Cet accord de toutes les législations n'est-il pas significatif? n'est-il pas la preuve que, partout, cette puissance de l'*association* a besoin d'être contenue et modérée par des règles sévères, alors surtout que le capital est demandé à la souscription publique, sous la forme d'*actions* destinées à devenir des *titres* au porteur avant leur libération intégrale? La règle, dans ce cas, n'est pas l'obstacle qui arrête, c'est le frein qui assure la marche et prévient le malheur et la ruine. Sans doute, il ne faut pas, pour punir un coupable, gêner cinquante innocents, mais il ne faut pas non plus, par une confiance aveugle dans la liberté du bien, déchaîner la liberté du mal. Le devoir du législateur consiste à interroger les faits, à les peser sans entraînement et sans faiblesse, et à leur appliquer le régime qui semble le mieux concilier tous les intérêts. Il n'est pas nécessaire, sans doute, que des idées aient vieilli, qu'elles se présentent avec un visage vénérable pour qu'on les accueille; mais jeunes ou vieilles, elles n'ont pas droit de pénétrer dans la législation, si elles sont en contradiction avec les faits. Les bonnes lois sont filles du temps, les meilleures sont celles qui consacrent les résultats de l'expérience. Or *la liberté conventionnelle* avait trouvé sa place dans le Code de commerce de 1808; c'est là qu'est tout entière, mieux coordonnée à notre avis, et plus pratique, la théorie développée par M. Émile Ollivier. — Parfaitement conciliable avec l'état économique de la société française en 1808, son insuffisance a éclaté en face d'une situation nouvelle. Ce qu'on appelle réglementation est simplement l'expression de besoins inconnus à nos pères, et auxquels le législateur de nos jours devait son appui sous peine d'abdiquer son rôle et de déserter son devoir.

La loi que nous venons commenter, après avoir participé à son élaboration, aura-t-elle atteint le but, et donné aux sociétés dont elle s'occupe leur charte définitive?

Elle a été l'objet, surtout en dehors de l'enceinte législative, de critiques dont la vivacité allait jusqu'à la passion. Il en devait être ainsi. Œuvre de conciliation entre des systèmes opposés, aussi éloignée d'une réglementation excessive que

Digitized by Google

d'une liberté sans limites, elle ne pouvait satisfaire pleinement les partisans de l'un ou de l'autre système. C'est là son mérite à nos yeux, et peut-être sa meilleure justification. Quoi qu'en pensent certains esprits extrêmes, la vérité, quand il s'agit de faits complexes, auxquels s'applique le travail du législateur, ne saurait être dans un principe absolu, inflexible. Dans l'état actuel de la société, en face des phénomènes économiques dont nous sommes témoins, c'est notre profonde conviction qu'une loi sur les sociétes par actions, en particulier, ne peut tout abandonner à l'initiative individuelle sans un danger véritable qui, par l'importance et la généralité des intérêts auxquels il touche, s'élève à la hauteur d'un véritable péril public.

Nous n'entendons pas, dans cette introduction, réfuter les critiques auxquelles nous venons de faire allusion; ce serait empiéter sur le commentaire, et recommencer, à certains égards, l'œuvre législative. C'est au temps et à la pratique d'en faire justice. Sans prétendre pour la loi nouvelle à une perfection impossible, nous avons la confiance qu'elle réalise un progrès réel et sérieux, et que les intérêts en vue desquels elle a été créée y trouveront, avec une liberté suffisante, la sécurité sans laquelle ils ne sauraient vivre et prospérer.

Parmi ces critiques, il est permis de le croire, quelques-unes, à l'insu de leurs auteurs peut-être, ont trouvé leur source dans un sentiment autre que celui de l'imperfection et de l'insuffisance de la loi. Le dénigrer, n'était-ce pas diminuer le bienfait, et, par suite, la reconnaissance qu'elle pouvait inspirer à ceux dont la situation particulière en avait été, sinon la cause exclusive, du moins la préoccupation dominante? Chose singulière! Au mois de juillet 1866, le rapporteur de la loi recevait les délégués des associations coopératives. Ils venaient formuler leurs griefs contre le projet nouveau (second projet), soumis au Corps législatif à la suite de l'enquête. Ce projet, la commission venait d'en achever l'examen, et de le remanier. Sauf un point : la limitation du capital à 200,000 fr., avec faculté toutefois de l'accroître d'année en année d'une somme égale, le travail, ainsi préparé par elle, était à la différence près de la forme, la loi votée par le Corps législatif. Initiés aux modifications arrêtées par la commission, à l'esprit qui les avait inspirées, les délégués, en des termes qu'ils n'ont

Digitized by Google

pas plus que nous oubliés sans doute, se déclarèrent pleinement satisfaits. Comment donc expliquer l'ardeur avec laquelle, au milieu de la discussion publique, ce projet accueilli sans réserve en 1866, était attaqué au dehors, comme un leurre, sinon comme un piége, comme une œuvre sans unité, sans logique et sans justice, qui, loin de constituer un progrès, faisait regretter la législation antérieure?

Pour venger la loi de ces dénigrements sans mesure et sans fondement, il nous suffira de rapprocher de ces dispositions les vœux émis par les promoteurs du mouvement coopératif soit avant, soit depuis la présentation au Corps législatif des projets du gouvernement.

Ce qu'on reprochait à la législation en vigueur, c'était, d'une part, dans la société anonyme, l'*autorisation administrative*, c'est-à-dire l'ingérance de l'État, repoussée avec un soin jaloux par la plupart des écrits publiés de 1863 à 1865.

Ce qui leur semblait aussi un obstacle, mal justifié selon nous par le régime légal qu'ils attaquaient, c'était la *transmissibilité* du titre d'associé, sous la forme d'action, en dehors de la volonté de la société elle-même. « L'association coopérative, disait-on, doit surtout relier un faisceau de volontés. « Chacune, quelle que soit la somme souscrite ou versée, y a « voix égale à celle de son voisin; en conséquence, les associés doivent se choisir, et le titre d'associé ne peut pas être « transmis à un tiers comme une action industrielle : l'agrément de la société est nécessaire pour que cette transmission « s'effectue, et que le titre passe en des mains dignes de le « recevoir [1]. »

On demandait : « 1° une responsabilité proportionnelle au pouvoir; une administration exactement surveillée et contrôlée, et des administrateurs toujours révocables au gré des sociétaires;

2° Un capital qui pût varier facilement, s'augmenter ou diminuer sans trop de frais. « Les associations coopératives, disait-on, doivent toujours rester ouvertes, soit pour l'entrée, soit pour la sortie; »

3° Il fallait que les associés eussent toutes facilités pour verser, quand et comme ils le peuvent, les sommes souscrites

[1] *L'Association*, Introduction, p. 11 et 12.

Digitized by Google

par eux, sur leur épargne, par une retenue opérée sur leurs salaires et sur leurs bénéfices, si leur main est engagée comme leur argent dans l'association ;

4° Il fallait enfin rendre favorable, en aplanissant les obstacles, l'association entre le chef de maison ou d'industrie, et ses employés ou ouvriers, en proportionnant toujours l'action à la responsabilité [1].

Ces désirs de réforme, on les retrouve partout et toujours les mêmes [2]; aucun des écrits nombreux que nous avons consultés ne va au delà.

Eh bien! la loi n'a-t-elle pas donné satisfaction complète à ces légitimes exigences?

L'*autorisation administrative* a été supprimée, et la forme *anonyme* dépend uniquement de la volonté des parties.

Le *capital peut varier*, s'accroître par des versements successifs faits par les associés, ou l'admission d'associés nouveaux, ou diminuer par la reprise totale ou partielle des apports effectués (art. 48). Une seule limite existe à cette faculté, et cela dans l'intérêt du crédit des sociétés, autant et plus peut-être que dans l'intérêt des tiers, c'est l'impossibilité de réduire, par des reprises, les apports à un chiffre inférieur au dixième du capital social (art. 51).

Ce capital, s'il ne peut excéder, lors de la constitution de la société, le chiffre de 200,000 fr., peut, en vertu des délibérations de l'assemblée générale, s'accroître, d'année en année, d'un chiffre égal de 200,000 fr., et se proportionner ainsi aux progrès et aux besoins de la société (art. 49).

Pour le mettre au niveau des plus humbles fortunes, la loi permet de le fractionner en coupures de 50 fr. sur lesquelles le versement d'un dixième, soit de 5 fr., est seul obligatoire. Pour le payement du surplus, les statuts sont les maîtres et des échéances, et des fractions suivant lesquelles il sera opéré.

L'action est *nominative*, même après son entière libération; la négociation ne peut en être faite que par voie de transfert sur les registres de la société, et les statuts peuvent donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert (art. 50).

[1] *L'Association, loc. cit.*

[2] M. Casimir Périer, *loc. cit.*, p. 30, et M. Batbie, *loc. cit.*, p. 16 et s.

Digitized by Google

La retraite de l'associé est aussi facile que son entrée, et sa responsabilité, dans ce cas, est calculée et limitée selon les règles de la plus stricte équité (art. 52).

La publicité, source de frais trop lourds pour des sociétés dont le capital est infime, est réduite à ce qui est strictement nécessaire pour révéler leur naissance, et avec elle, les garanties et les responsabilités qu'elles présentent au public.

Enfin, la loi nouvelle a tenu compte d'un sentiment énergiquement manifesté au sein des populations ouvrières et dont l'enquête ouverte par le gouvernement porte témoignage; nous voulons parler de leur antipathie, en quelque sorte instinctive, contre tout ce qui, n'étant pas le droit commun, ressemblerait à une faveur et à un privilége.

La loi, telle que l'a faite l'élaboration législative, ne s'applique pas à telle ou telle combinaison commerciale ou industrielle, objet plus ou moins exclusif des préoccupations des ouvriers. Elle n'écarte aucun des sujets possibles de l'activité humaine. Sans doute, elle s'est inspirée surtout du désir d'abaisser les barrières qui, dans la législation générale, pouvaient faire obstacle à l'établissement ou à la marche des sociétés de coopération; elle a voulu que ce puissant instrument de l'association devînt accessible, sans obstacles, sans entraves inutiles, aux plus humbles comme aux plus puissants; mais elle ne l'a limité ni à une catégorie de personnes, ni à une nature spéciale d'affaires. Tous les citoyens indistinctement en peuvent user, et c'est en cela qu'elle est véritablement une loi de droit commun.

Les facilités qu'elle crée ne sont pas limitées à une forme spéciale d'association; elles peuvent, au contraire, s'appliquer à toutes, à *la commandite* simple ou par actions, aussi bien qu'à la société anonyme.

Les ouvriers peuvent choisir librement ce qui leur semblera le mieux en harmonie avec leurs désirs et leurs intérêts. Ils inclinent, dit un document récent et considérable [1], « vers la « forme de la société anonyme, afin d'assurer à tous les mem- « bres qui en font partie une position égale et d'éviter le pa-

[1] Rapport présenté à l'Empereur par M. Devinck, président de la Commission d'encouragement pour les études des ouvriers à l'Exposition universelle de 1867 (*Moniteur* du 31 mars 1868).

Digitized by Google

« tronat. » Nous sommes tenté de dire, avec l'honorable M. Devinck, « c'est une erreur. » Moins l'association entre ouvriers absorbera l'individu dans l'être collectif, plus elle laissera place à son initiative, à son effort et à sa responsabilité propres, meilleurs seront les résultats moraux et matériels qu'on en peut espérer. L'homme digne de ce nom sent grandir son énergie, quand il est directement aux prises avec l'obstacle; là est le stimulant par excellence et le principe de tout progrès. Plût à Dieu que nos populations ouvrières, au lieu de repousser la *solidarité* qui les effraye, s'y confiassent résolûment, comme font les sociétés fondées par M. Schultze de Delilstch. Sans doute l'association serait plus difficile à constituer sur cette base; mais au lieu de se former d'éléments recrutés un peu au hasard, sans un examen et un choix sévères, elles se recruteraient dans un personnel plus restreint, qui se connaîtrait mieux et d'où le sentiment de la responsabilité aurait écarté ce qui n'offrirait pas à tous et à chacun de suffisantes garanties de moralité, d'intelligence, d'ordre et de travail.

A défaut de la *société en nom collectif*, la commandite qui s'en rapproche par la responsabilité solidaire et indéfinie des gérants, est la forme que les ouvriers devraient préférer, s'ils pouvaient renoncer à des préventions et à des défiances excessives.

Dans le gérant, par malheur, ils voient ou un oisif qui, sans travail apparent, reçoit une partie de ce que les sueurs de tous ont conquis, ou un maître qui leur rend, sous un nom différent, le patron dont ils veulent secouer le joug.

Sans doute, un gérant médiocre, sinon incapable, est un fléau, quand, liée par les statuts, la société est condamnée à le subir, à moins de malversations caractérisées; mais la convention peut atténuer ce qu'un tel régime offre de dangereux. Le droit de révocation conféré à l'assemblée générale, sans mettre le gérant à la merci du caprice des associés, peut être pour ces derniers une garantie efficace contre la permanence d'un pouvoir fatal à l'intérêt collectif. A côté des inconvénients de la gérance, il faut placer les avantages que présente soit aux tiers, soit à la société elle-même, la responsabilité indéfinie et l'unité de direction. Que les ouvriers interrogent, dans ses origines, ses transformations et ses progrès, la société des maçons par exemple, et ils sauront ce que vaut l'intelligence

Digitized by Google

active et dévouée, dans l'œuvre difficile d'une société de production. C'est à eux de chercher la voie où le succès doit le plus sûrement couronner leurs efforts, toutes leur sont également ouvertes, et la loi, à cet égard, ne pouvait se montrer pour eux plus libérale.

Si elle ne contient aucune disposition qui ait trait aux rapports entre ouvriers et chefs d'industrie, c'est que les dispositions générales de nos lois étaient suffisantes pour cela, soit que le travail veuille entrer dans l'association, comme l'égal du capital lui-même, soit que, sans être associé à ses chances, il reçoive une part des bénéfices comme un supplément de salaires. On peut, en effet, apporter en société de l'*argent*, ou d'*autres biens*, ou son *industrie* (C. Nap., art. 1833); l'industrie ou le travail peuvent être évalués et représentés par une part ou par des actions, créer un droit aux bénéfices. Mais, à notre avis, la forme la meilleure et la plus sûre de l'association entre le patron et l'entrepreneur d'industrie est celle qui, indépendamment d'un salaire fixe et assuré, promet à l'ouvrier une part de bénéfices dont l'importance varie suivant la prospérité de l'affaire dont son travail a été l'un des éléments.

Nous serions heureux de voir se généraliser, sur cette base, les relations du travail et du capital, rapprochés ainsi et réconciliés dans une union pacifique et féconde. Peut-être n'est-il pas téméraire de l'espérer. Voici, en effet, ce que nous lisons dans le travail présenté il y a quelques jours à l'Empereur, par M. Devinck, et auquel nous empruntons quelques lignes :

« On remarque, dit M. Devinck, dans plusieurs rapports (des délégations ouvrières), une autre idée suggérée par les exemples que divers manufacturiers ont donnés, en allouant sur le montant annuel de leurs bénéfices une part à ceux qui avaient travaillé dans leur établissement.

« L'allocation a été faite à la fin de l'année sous des formes différentes, et sans que les coopérateurs aient eu le droit de s'immiscer dans les faits de la gérance ou dans l'examen des comptes.

« Le chef a conservé toute sa liberté d'action.

« Cette combinaison a produit d'heureux effets, en intéressant tous les agents de la maison à son bon fonctionnement.

Digitized by Google

« Elle équivaut à l'augmentation du prix de la main-d'œuvre, et elle est justifiée par le bénéfice recueilli.... »

La loi nouvelle n'avait rien à faire pour favoriser ces combinaisons, nées avant elle, et que rien, en elle, n'arrêtera, car, sur ce point, elle laisse aux conventions leur liberté absolue.

Quelles que soient les critiques qu'on lui adresse et les imperfections que l'avenir puisse révéler, cette loi rendra témoignage de la pensée libérale qui l'a fait naître.

On peut s'inquiéter, pour le repos des sociétés modernes, du souffle démocratique qui les pénètre et les entraîne sur des pentes rapides et périlleuses. Mais nul ne peut nier ce mouvement et ce qu'il y a d'irrésistible dans sa force et dans son universalité. Au milieu des ruines du passé qu'on s'efforcerait en vain de relever et de reconstruire, un monde nouveau s'agite, et cherche sa formule dans des institutions en harmonie avec son principe même. Pour ceux auxquels la Providence a confié, dans ces jours de transition et d'épreuve, la tâche difficile du gouvernement, il y a mieux à faire que s'effrayer de cette démocratie, trop impatiente peut-être, et assurément excessive dans ses aspirations et ses exigences; il faut étudier ses besoins et travailler à les satisfaire avec une volonté énergique et loyale. Le torrent rompt les digues impuissantes qu'on oppose à sa furie, et il sème partout sur son passage la dévastation et la ruine; lui creuser un lit, régulariser son cours, en modérer l'impétuosité, c'est créer une force et une source de richesse. Il en est ainsi de la démocratie. Ces pensées ont été celles du gouvernement impérial, quand il soumettait au Corps législatif le titre intitulé : « *Des sociétés de coopération.* » La commission, c'est notre certitude, n'a pas obéi à un autre mobile en proposant le titre nouveau de la loi : « *Dispositions particulières aux* « *sociétés à capital variable* »

« Loin de s'effrayer, disait-elle, comme des esprits timides, « du mouvement qui pousse la démocratie à s'organiser, le « travail à s'associer, ils (la commission et son rapporteur) « l'ont salué comme un progrès, comme un élément d'ordre et « de stabilité au milieu d'une société troublée et qui cherche « son équilibre. Aider ce mouvement, c'était une œuvre de « prudence, de politique et de justice tout à la fois. Rien au

Digitized by Google

« monde n'est plus sacré que le travail, car il est la loi même « de l'homme et une partie essentielle de sa grandeur. Que « serait, en effet, sans lui, cette intelligence dont il est si fier? « qu'y a-t-il, dès lors, de plus digne des préoccupations de la « loi que ce qui peut le féconder? L'association est le levier « qui découple sa force, et avec elle, la force de l'État qui a « la sagesse d'en favoriser le développement. »

Quel avenir est réservé au mouvement que la loi nouvelle a pour but de favoriser? quelle influence prochaine est-il appelé à exercer sur le sort des populations ouvrières et, par elles, sur la société tout entière?

Il y aurait une témérité singulière à repondre par des affirmations tranchantes à de telles questions. Quelle vue assez pénétrante pourrait résoudre ce problème obscur et complexe? Toutefois, on se tromperait grossièrement si l'on voyait dans l'association coopérative un cadre destiné à recevoir, dès aujourd'hui, nous ne dirons pas l'armée tout entière, mais une partie considérable de cette armée qui vit du salaire de son travail, et voudrait s'en affranchir comme d'un reste de servitude. « *Il faudra toujours*, nous le répétons avec M. le ministre du commerce, pour constituer et mener à bien ces sortes d'associations, celles de production notamment, *une somme de vertus bien supérieure à la somme des capitaux.* » Il faut pour cela des hommes doués d'intelligence, et surtout de ces qualités du caractère indispensables au succès, la régularité des habitudes, l'énergie de la volonté, la constance dans l'effort. Or ces qualités sont partout l'apanage du petit nombre, et sans elles, les sociétés d'ouvriers contiendront, l'expérience le prouve, un principe inévitable d'anarchie et de mort. Mais si le nombre est restreint aujourd'hui de ces hommes d'élite, il peut et doit grandir, grâce à une éducation plus largement et plus libéralement répandue, grâce à la contagion même du bien réalisé par les associations qui réussiront à vivre et à prospérer.

Ce bien, qui pourrait le nier, en face des résultats obtenus à Rochdale et ailleurs?

L'association du crédit mutuel remplacera le banquier pour les petits commerçants ou fabricants, et pour le petit propriétaire foncier; elle leur donnera le prêt et l'escompte à des conditions meilleures. Pour l'ouvrier salarié lui-même,

Digitized by Google

elle fera l'office d'une caisse d'épargne avec un intérêt plus élevé de son capital, et une participation aux bénéfices de l'entreprise.

L'*association de consommation*, en supprimant les intermédiaires et leurs bénéfices légitimes, diminue pour le travailleur la dépense nécessaire à son alimentation et à celle de sa famille. Elle lui vend à poids sincère des marchandises de qualité vraie. Si elle vend au même prix que le marchand voisin, c'est pour conserver à l'associé la différence à titre de bénéfices distribués aux époques fixées pour leur répartition.

Sous ces deux formes, l'association provoque l'épargne, la réalise, et constitue progressivement le capital à l'aide duquel le travailleur, s'il en a l'énergie, l'intelligence et la volonté, peut s'élever jusqu'à l'association de production, objet surtout en France, de ses désirs et de son ambition.

N'est-ce pas là un noble but? n'est-il pas fait pour susciter chez l'homme, par l'espoir d'améliorer sa condition matérielle, toutes les énergies morales de sa nature? L'épargne ne suppose-t-elle pas l'ordre et l'honnêteté dans la vie; n'y a-t-il pas là, en même temps que la condition nécessaire du bien-être pour l'individu, la plus puissante garantie pour la paix sociale, et la seule espérance de réaliser ce double bienfait, si elle s'attache à la loi de 1867, ne doit-elle pas lui mériter quelque reconnaissance?

Qu'on nous permette, en terminant, de redire ce que nous écrivions au frontispice de notre rapport, en 1867, en essayant de caractériser le but et les résultats possibles de la loi.

Sans doute, disions nous, il ne faut pas chercher dans le principe d'association, sur les pas des novateurs imprudents, la solution de tous les problèmes et le remède à tous les maux qui travaillent les sociétés modernes; mais s'il ne doit pas extirper ces maux inséparables de notre nature, il peut les modifier, en adoucir l'amertume, diminuer le nombre de leurs victimes, et cela seul serait un immense bienfait.

Qui peut d'ailleurs deviner quels seront, dans l'avenir, la puissance et les effets de ses applications? Quand, au milieu de la nuit féodale, s'élevaient de toutes parts, grâce aux légistes qui en ont énergiquement aidé la création et le développement, ces *associations tacites* des familles de serfs, destinées à réagir contre l'esclavage de la glèbe et le droit de réversion

Digitized by Google

du seigneur, qui pouvait entrevoir dans cette lutte timide contre l'oppression les conséquences qui y étaient contenues? C'est par là cependant qu'a commencé l'émancipation des classes rurales, c'est par là que le serf a commencé à n'être plus une simple *chose*, incapable de tester, de succéder, de transmettre à ses enfants ce qu'il avait retiré de la *manufacture de ses bras et mains* [1].

Sans doute le monde moderne n'offre rien de pareil. Sous une loi équitable, égale pour tous, la libre initiative de l'homme ne rencontre aucun obstacle, mais un instinct irrésistible et vrai lui montre dans l'association une force et un instrument de progrès matériel et moral qu'il demande aux lois de mettre à sa disposition, dégagé des restrictions dont l'ordre public ne commande pas la création ou le maintien.

En France plus qu'ailleurs peut-être, l'association a le caractère non pas seulement d'un besoin, mais d'une impérieuse nécessité. Le principe d'égalité dans les partages conduit fatalement à la division, à l'éparpillement des fortunes, à l'émiettement du sol et du capital sous toutes ses formes. Or ce résultat, excellent au point de vue politique de la révolution de 1789, condamnerait notre pays, sinon à l'impuissance, du moins à une infériorité douloureuse dans l'ordre des intérêts économiques, si l'association ne groupait pas tous ces éléments faibles et isolés, pour les réunir en un centre commun et leur donner la force et l'impulsion qui leur manquent.

Qui donc, en dehors de l'État, pourrait créer ces vastes entreprises que nous voyons s'élever sous nos yeux et sans lesquelles la lutte serait impossible dans ce vaste champ offert par la libre concurrence à l'univers entier? La France a fait des pas immenses dans cette voie nouvelle, ouverte à son activité et à son génie, mais il lui reste de grandes choses à accomplir si elle ne veut rester en arrière de ses rivaux. La liberté commerciale, c'est sans doute l'énergique épanouissement de toutes les forces d'un pays, mais c'est aussi la lutte, et, pour la soutenir, pour y rencontrer la victoire, l'intelligence, le courage, la constance dans les efforts ne suffisent pas, il y faut encore une puissance qui vivifie toutes les autres, le *capital*, et l'*association* qui seule peut le constituer, à la con-

[1] Expressions de Pasquier (*Rech.*, l. IV, ch. 5).

Digitized by Google

dition toutefois que la règle la contienne et prévienne ses écarts.

Tel a été le but, et telle sera, nous en avons le ferme espoir, l'influence de la loi nouvelle. L'avenir n'y verra pas l'une des moindres manifestations de cette pensée que tant d'institutions affirment et qu'un mot peut exprimer : l'*empire démocratique et libéral.* A. MATHIEU.

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1].

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

189. *De l'extinction des servitudes.* — Il nous reste à examiner l'influence exercée par le caractère de la servitude au point de vue de la manière dont le droit peut s'éteindre. On se rappelle qu'à cet égard la législation romaine tenait compte de la qualité offerte par la servitude, et que la distinction entre l'effet du simple non-usage et l'usucapion de la liberté de la part du propriétaire du fonds servant reposait généralement sur la division des servitudes en rustiques ou urbaines. Nous avons eu occasion de rechercher si les motifs qui servaient de base à la différence admise quant au mode d'extinction étaient bien en harmonie avec l'idée qui avait présidé à cette division des servitudes, et nous avons cru devoir aboutir à cette conclusion qu'il n'y avait pas correspondance exacte entre les deux catégories de servitudes et le double règlement à suivre pour apprécier l'anéantissement du droit. Il nous a semblé qu'il y avait des cas où le simple non-usage n'était point suffisant relativement à une servitude rustique, de même qu'on ne pouvait pas dire que l'usucapion de la liberté fût absolument exigée pour toute servitude urbaine.

190. Nous retrouvons dans le droit moderne des dispositions analogues à la distinction consacrée par le droit romain. Après avoir décidé d'une façon générale, dans l'article 706, que les servitudes s'éteindraient par le non-usage pendant

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440; t. XXXI, p. 112 et 131, 521 et 539; t. XXXII, p. 12, 146 et 201.

Digitized by Google

trente ans, les rédacteurs du Code civil modifient immédiatement cette règle dans l'article suivant, en disant que le point de départ des trente ans sera le jour où l'on a cessé de jouir de la servitude, quand celle-ci est discontinue, tandis que les trente ans ne devront commencer à courir, s'il s'agit d'une servitude continue, que du moment où il aura été fait un acte contraire à la servitude. Cette différence a incontestablement une origine romaine; elle s'était déjà fait jour dans l'ancienne jurisprudence, grâce aux commentateurs, qui avaient emprunté aux fragments du Digeste une distinction étrangère au texte même des coutumes. Celles-ci se contentaient de dire que la liberté de l'héritage pouvait se réacquérir, et le terme de la prescription extinctive était presque partout fixé à trente ans, sans qu'il y eût détermination d'une date différente, suivant les cas, pour le commencement de la prescription. Mais les auteurs qui interprétaient les coutumes avaient introduit dans la pratique du droit français la distinction fournie par les lois romaines. Ils l'appliquaient, du reste, en se conformant rigoureusement à la source où ils avaient puisé cette distinction. Suivant Pothier [1], suivant Lalaure [2], il fallait séparer à ce sujet les servitudes rustiques des servitudes urbaines. D'un autre côté, l'antithèse était établie, de même qu'à Rome, entre le simple non-usage et l'usucapion proprement dite de la liberté de l'héritage suivant: aussi les exemples cités pour faire comprendre la chose étaient-ils ceux qu'on trouve dans la loi 6, D., *De serv. præd. urb.*, que nous avons précédemment rapportée [3].

191. Il est bon de faire remarquer que, pour justifier la distinction, on invoquait la diversité de physionomie que peuvent offrir les servitudes, sans faire intervenir précisément la division en rustiques ou urbaines. Domat [4] s'exprimait ainsi : « *Les « servitudes qui consistent en quelque action de la part de ceux « à qui elles sont dues... se prescrivent par la cessation de l'usage « de la servitude... mais*, ajoutait-il, *les servitudes qui ne con- « sistent qu'à fixer un état des lieux... ne se prescrivent jamais*

[1] *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, nos 18 et 19.
[2] Liv. I, ch. XII, p. 62 et suiv.
[3] V. no 59.
[4] *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, no 6.

Digitized by Google

« *que par un changement de l'état des lieux qui anéantisse la* « *servitude, et qui dure un temps suffisant pour prescrire.* » De même Lalaure[1] écrivait « *qu'il faut faire une différence* « *entre les servitudes qui consistent à ne point changer l'état des* « *lieux, d'avec celles qui consistent seulement dans quelques* « *actions de la part de ceux à qui elles sont dues.* » On retrouve dans ces explications la triple catégorie de servitudes que nous avons mises en relief, lorsque nous avons traité la matière en droit romain. Pour les servitudes dites *in faciendo*, dès l'instant où elles cessent d'être exercées, l'état de liberté se produit immédiatement. Quand il s'agit, au contraire, des servitudes qualifiées *in prohibendo* ou *in habendo*, l'état de liberté n'apparaît qu'autant que l'arrangement des lieux imposé par la servitude aura été préalablement détruit.

192. Aujourd'hui il ne s'agit plus, pour régler le point de départ de la prescription extinctive, de rechercher si la servitude est rurale ou urbaine, cette division étant, nous le savons, dépourvue de tout intérêt. Cependant il faut toujours, aux termes de notre Code, tantôt se contenter du simple non-usage, tantôt tenir pour indifférent un défaut de jouissance, quelque prolongé qu'il soit, s'il ne s'est pas produit préalablement quelque acte contraire à la servitude. Seulement nous voyons ici figurer encore la distinction qui joue un rôle si important quant à la constitution des servitudes, c'est-à-dire la discontinuité ou la continuité. On a transporté à la servitude discontinue ce qui était appliqué autrefois à la servitude rurale, tandis que la servitude discontinue a remplacé dans cette fonction la servitude urbaine. Cette substitution, fait-on observer, ne change d'ailleurs presque rien à l'ancienne doctrine, du moment où l'on admet qu'il existe, à peu de chose près, identité entre les servitudes rustiques du droit romain et nos servitudes discontinues, de même qu'entre les servitudes urbaines des Romains et celles qui sont qualifiées continues dans notre législation.

193. Nous ne voulons pas rouvrir la discussion sur l'appréciation de la qualité rustique ou urbaine dans les servitudes non plus que sur la détermination rigoureuse du caractère de discontinuité ou de continuité. Nous pensons, en effet, que le

[1] Page 65.

Digitized by Google

maintien de la distinction empruntée aux Romains, en ce qui concerne l'extinction des servitudes, n'est plus en harmonie avec l'extension qu'a prise dans notre droit la durée de la prescription abolitive des servitudes. Que l'on entende comme on voudra la discontinuité ou la continuité, que l'on confonde ou non cette double qualité avec celle de rusticité ou d'urbanité, notre opinion est qu'il n'y a aucune utilité pratique, et qu'il y a au contraire des inconvénients à tolérer que, en dépit d'un non-usage qui s'est prolongé pendant trente ans, une servitude quelconque puisse être déclarée encore subsistante. Nous aurons du reste à constater que notre législateur a obéi à cette idée qu'il est sage de tenir pour anéantie toute servitude condamnée à l'inertie depuis trente ans au moins, que ce système se trouve implicitement consacré dans tel texte du Code, et que les auteurs ont bien de la peine à concilier ce texte avec la règle qui permet quelquefois à une servitude de survivre à trente ans de non-usage, grâce au défaut de ce qu'on appelle un acte contraire.

194. En remontant à l'origine de la distinction qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours, nous trouvons une législation dans laquelle l'usucapion fonctionnait sous un délai très-bref, celui de deux ans, relativement aux immeubles. On conçoit que, sous un pareil régime, quand la perte d'une servitude était possible par le laps d'un simple *biennium*, il y avait une grande importance à calculer de telle ou telle manière le point de départ du *biennium* fatal. Nous avons expliqué précédemment (V. n° 62 et suiv.) comment, au fond des choses, il s'agissait toujours de sanctionner pour l'avenir d'une façon irrévocable un état de liberté qui avait duré un temps suffisant. Là où la servitude consiste *in faciendo*, en quelque action, comme disait Domat, de la part de celui à qui elle est due, l'affranchissement n'exige autre chose que la cessation de cette action; il commence après le dernier fait d'exercice, qui n'a pas été renouvelé. Mais si la servitude consiste en un certain état des lieux, soit que le propriétaire du fonds grevé doive s'abstenir de tel ou tel acte (*servitus in prohibendo*), soit que la servitude se revèle par des signes visibles, et modifie à l'aide de travaux la physionomie extérieure des héritages mis en rapport entre eux (*servitus in habendo*), la liberté ne se

Digitized by Google

peut réacquérir qu'autant que l'état de choses, négatif ou positif, imposé par la servitude, aura été préalablement détruite.

195. Bien que l'on puisse rattacher à une idée commune les deux procédés d'extinction des servitudes *tempore*, cependant les jurisconsultes romains séparèrent profondément ce qui fut appelé *non usus* de ce qui constituait l'*usucapio libertatis*, et peut-être est-il permis de trouver un peu exorbitantes les conditions de possession de la liberté sans lesquelles l'usucapion ne pouvait s'accomplir. Nous rappellerons ici l'hypothèse prévue dans la loi 32, § 1, D., *De serv. præd. urb.*, dont nous avons déjà parlé[1]. On suppose que le propriétaire d'un fonds grevé de la servitude *altius non tollendi* a élevé des constructions par suite desquelles la voie est ouverte à l'usucapion, mais qu'avant l'expiration du *statutum tempus* l'auteur de ces travaux a perdu la possession de l'héritage servant. Malgré la permanence des constructions d'où ressort une infraction continue à la servitude, il y a interruption de l'usucapion; et quand un nouveau possesseur existera, la libération ne sera possible entre ses mains qu'autant que cette nouvelle possession aura fourni une carrière égale au cours entier du temps de l'usucapion. On n'a pas oublié les exemples donnés dans la loi 6, *eod. tit.*, pour faire comprendre les exigences de l'*usucapio libertatis*. Vainement celui qui jouit du *jus tigni immittendi* aurait-il retiré sa poutre, ce qui constitue le non-usage de la servitude; l'usucapion ne saurait commencer, attendu qu'il ne s'est pas produit *aliquid novi* de la part du propriétaire du fonds servant. Il aurait fallu que ce dernier se mît en mouvement pour ressaisir la liberté de son héritage, qu'il fermât le trou dans lequel reposait la poutre; sinon, la servitude se maintient. De même, est-il dit, si un fonds est grevé de la servitude de ne pas nuire aux vues du voisin, il est indifférent que ce voisin se comporte de manière à ne tirer aucun parti de son droit, qu'il ait tenu ses fenêtres bouchées *per statutum tempus*. Il n'y a pas là les éléments de l'*usucapio libertatis*, laquelle ne peut provenir que du fait même du propriétaire de l'héritage asservi. La liberté ne peut être reconquise si l'intéressé reste dans l'inaction; il doit se livrer à des entreprises qui contrarient la servitude,

[1] V. n° 69, note 1.

Digitized by Google

élever dans ce but des constructions qui interceptent la vue à laquelle le voisin avait droit.

196. Les choses étaient bien plus simples, quand il ne s'agissait que du non-usage. Une fois deux années écoulées sans qu'il y eût eu quelque acte d'exercice de la servitude, celle-ci se trouvait perdue; et nous avons vu (n° 57) comment, suivant la loi 19, § 1, D., *Quemad. serv. amitt.*, on ne tenait pas compte de l'ignorance où pouvait être de son droit le titulaire, si bien que le légataire d'une *via*, qui postérieurement à l'adition d'hérédité serait resté *per constitutum tempus* sans user de la *via*, parce qu'il n'était pas instruit du legs, n'aurait pas échappé à la déchéance résultant de cette inaction. Il y avait cependant des hypothèses où la déchéance aurait constitué une injustice criante, attendu qu'il n'y avait aucune négligence à imputer au propriétaire du fonds dominant, lequel n'avait pu jouir de la servitude à raison d'obstacles dus à une force majeure, par suite de l'état même des lieux. Ainsi la source qui alimentait un aqueduc est venue à se tarir, et ce n'est qu'au bout de plus de deux ans que l'eau jaillit de nouveau. A Rome, les inconvénients de la brièveté du temps de l'usucapion étaient compensés par la facilité avec laquelle était accordée une *restitutio* à ceux qui avaient souffert de l'accomplissement d'une usucapion, pour peu qu'il y eût quelque motif de leur venir en aide. On sait notamment qu'en cette matière l'absence était volontiers prise en considération, et qu'elle fournissait une *causa restitutionis*, non-seulement quand elle était nécessaire, mais par cela seul qu'on pouvait invoquer une raison plausible. Dans notre espèce, rien de mieux fondé que la réclamation contre la déchéance encourue par le non-usage. Aussi Paul, loi 35, D., *De serv. præd. rust.*, nous apprend-il qu'un rescrit impérial avait décidé qu'en pareil cas il y avait lieu à restituer la servitude : ce rescrit, émané de César, et attesté par Atilicinus, est attribué par Cujas[1] à Auguste. Une situation analogue est prévue par Javolénus, dans la loi 14, pr. D., *Quemad. serv. amitt.*; si le sol grevé d'un droit passage est resté plus de deux années envahi par les eaux, de sorte que la persistance de l'inondation n'ait pas permis de passer pendant le temps qui suffit à l'extinc-

[1] Lib. VII, *Quæst. Papin.* ad L. 34, § 1, D., *De serv. præd. rust.*

Digitized by Google

tion de la servitude par le non-usage, le propriétaire du fonds qui était assujetti est obligé de reconstituer la servitude (*renovare eam cogendus est*).

197. Sous Justinien, la substitution d'un délai de dix ou vingt ans à l'ancien délai de deux ans avait considérablement diminué les chances d'extinction par le non-usage. Aujourd'hui la longévité accordée à la servitude, bien qu'elle reste à l'état de sommeil, est encore bien plus tenace; la servitude, en effet, ne doit périr d'inertie qu'au bout d'une période de trente ans, ce qui, du reste, était la règle déjà généralement suivie en pays coutumiers. Ajoutons qu'il ne s'agit pas ici d'un délai préfix, mais bien d'une application à cette matière de la plus longue prescription de notre droit; car notre législateur a pris soin de réserver expressément (art. 710) le jeu de l'une des causes de suspension de la prescription. On peut affirmer dès lors qu'il arrivera assez rarement que trente ans de non-usage suffisent à éteindre une servitude, ce résultat ne pouvant se produire qu'autant que le fonds dominant sera resté pendant trente ans consécutifs entre les mains d'un propriétaire majeur. Assurément l'hypothèse contraire sera la plus fréquente, et, par suite, le délai de l'extinction par le non-usage devra être ordinairement allongé, trop souvent dans de larges proportions, puisqu'il faudra faire abstraction de tout le temps qui se sera écoulé tandis qu'un seul des propriétaires était en minorité.

198. N'est-ce pas faire la part assez belle pour rendre cette prescription peu menaçante. Après une si complète expérience de l'inutilité de la servitude, n'est-il pas juste de présumer que le rapport d'asservissement anciennement créé a dû être réformé par l'accord des propriétaires, bien que les preuves de cette réforme aient disparu? Cependant tout n'est pas fini à la suite d'un non-usage si persévérant, dont la durée dépassera habituellement trente années. Que la servitude dont le sort est en question ait le droit d'être comptée au nombre de celles qui sont qualifiés continues, la liberté de l'héritage qui a été une fois assujetti ne sera pas encore reconquise; il faudra, en outre, qu'au laps de temps si généreusement mesuré vienne s'adjoindre la circonstance qu'il aura été fait un acte contraire à la servitude, condition déclarée indispensable pour ouvrir le cours de la

Digitized by Google

prescription. C'est du droit romain que nous vient cette exigence ; mais, si elle peut se comprendre à une époque où l'on se contentait d'un délai de deux ans, est-il nécessaire aujourd'hui, quand il sera constant que trente ans au minimum se sont écoulés sans qu'il y ait eu aucune jouissance exercée, de sauver quelquefois une servitude si longtemps oubliée ? N'est-il pas à craindre que la négligence à supprimer les vestiges d'un état de choses qui sans doute a été régulièrement condamné, ne permette de revenir sur des faits accomplis et de ressusciter un droit qui avait légitimement péri ?

199. Notons d'abord que, si notre législateur veut quelquefois un acte contraire à la servitude, il n'est pas allé jusqu'à exiger ce que les Romains appelaient *usucapio libertatis*, c'est-à-dire un état de possession de la liberté du exclusivement à l'initiative du propriétaire du fonds servant, état de possession qui ne tolérerait aucune interruption. Personne ne proposerait assurément de suivre encore de nos jours la doctrine énoncée à la loi 32, § 1; *De servit. præd. urb.*, et tout le monde admettra qu'à la suite de constructions élevées par le possesseur d'un héritage grevé de la servitude de ne pas bâtir, la voie étant ouverte à l'affranchissement, celui-ci sera obtenu dès que les constructions auront subsisté pendant trente ans, quand bien même le fonds assujetti serait resté une année entière sans être possédé. Peu importe également, d'après l'opinion aujourd'hui dominante, et conforme d'ailleurs au texte de l'article 707, que l'acte contraire émane du propriétaire du fonds servant ou du propriétaire du fonds dominant. On s'accorde à réprouver comme n'étant plus applicables les décisions contenues dans la loi 6, D., *eod. tit.*, d'après lesquelles il serait indifférent que le propriétaire du fonds dominant eût tenu *per statutum tempus* ses fenêtres bouchées ou sa poutre non appuyée sur le mur servant, attendu que le propriétaire du fonds assujetti n'aurait rien fait pour ressaisir la liberté de son héritage. Bien que ces décisions fussent acceptées par les anciens auteurs, elles n'ont rencontré, sous l'empire du Code, que bien peu de suffrages, et l'on peut considérer comme certain qu'il n'est plus question maintenant des exigences qui s'expliquaient autrefois par le caractère de l'*usucapio libertatis*. Nous trouvons là une première preuve de la vérité de cette thèse que l'idée nouvelle sur laquelle repose actuellement l'ex-

Digitized by Google

tinction des servitudes *tempore*, c'est en réalité l'efficacité du non-usage, et non pas la vertu de l'usucapion[1].

200. La puissance du non-usage, opérant par lui seul, indépendamment de tout acte contraire à la servitude, apparaît encore dans la solution habituellement donnée à la question que soulève le sort réservé à une servitude dans l'hypothèse où postérieurement à sa constitution elle serait restée sans être mise à profit pendant trente ans. Les auteurs sont unanimes[2], et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens, pour décider qu'il n'y avait pas lieu de s'inquiéter alors de la nature de la servitude, et que le caractère de continuité ne ferait pas obstacle ici à la perte du droit. Ainsi celui qui aurait acquis pour son héritage la faculté d'ouvrir des vues sur l'héritage contigu au sien, mais qui durant trente années n'aurait pas usé de cette faculté, encourrait inévitablement une déchéance, qui ne serait pas conjurée par la continuité de la servitude. Cependant, d'après les principes de notre législation, le droit réel est créé en vertu de la convention seule, sans qu'une prise de possession soit nécessaire. Il est vrai que, depuis la loi du 23 mars 1855, la transcription de l'acte constitutif de la servitude est exigée afin que cette charge soit opposable à ceux qui acquerraient des droits réels sur

[1] Nous estimons cependant qu'il ne faut pas proscrire absolument dans notre droit l'existence d'une usucapion proprement dite, dont l'effet serait d'anéantir une servitude. Nous voulons faire allusion au cas où l'acquéreur d'un fonds grevé de quelque servitude invoquerait la prescription de dix ou vingt ans pour s'affranchir de cette servitude. Sans doute c'est une question controversée entre les auteurs modernes, et qui divise également les tribunaux, que celle de savoir si cette prétention serait bien fondée aujourd'hui, comme elle l'eût été dans l'ancien droit, ainsi que l'enseignait positivement Pothier. Nous n'aborderons pas la discussion de ce point; seulement, dans le système de l'affirmative, que nous regardons comme très-acceptable, il faudrait reconnaître que le simple défaut d'usage de la part du propriétaire du fonds dominant resterait sans valeur, et que l'acquéreur devrait en pareil cas avoir fait ce qui est nécessaire pour être autorisé à dire qu'il y a eu de sa part usucapion. Ainsi le non-exercice d'un droit de passage pendant dix ou vingt ans serait insignifiant; mais si l'acquéreur a fait des ouvrages pour intercepter le passage, et qu'ayant par suite constitué la liberté de son fonds il en ait joui dans cet état pendant le temps voulu, on pourra soutenir qu'une prescription acquisitive s'est réalisée à son profit.

[2] V. M. Demolombe, t. II, n° 972.

Digitized by Google

l'immeuble grevé d'une servitude ; mais l'accomplissement de cette formalité n'empêcherait pas assurément l'extinction d'une servitude qui ne se serait manifestée par aucun acte d'exécution dans les trente ans qui ont suivi la concession.

201. Nous sommes loin de blâmer cette solution. Quant à ses motifs, il ne faut pas les chercher dans une distinction qu'on proposerait entre la servitude proprement dite, laquelle n'existerait qu'au moyen de travaux effectués, et la faculté de faire ces travaux ; car il est évident que la même appellation convient en droit à ces deux situations, et qu'il y a dans la première hypothèse, comme dans la seconde, une véritable servitude établie, un démembrement de la propriété. — On ne réussirait pas également à rendre compte de cette décision en alléguant l'impossibilité de faire un acte contraire à la servitude, tant qu'elle n'aurait pas pris en quelque sorte un corps matériel, et qu'elle ne serait pas traduite en ouvrages extérieurs. D'une part, en effet, la circonstance que la condition dont dépend la perte d'un droit ne saurait se réaliser n'autorise point à supprimer cette condition. D'une autre part, il est fort possible que la servitude continue, non mise en exercice, soit telle que l'on conçoive chez le propriétaire du fonds servant des entreprises qui porteraient obstacle à cette servitude ; et sans doute on ne songera pas à réserver une exception en vue de pareils cas. Ainsi celui dont les bâtiments n'étaient pas à la distance où des vues droites sont praticables, a obtenu la faculté d'ouvrir des fenêtres, peut-être même un droit plus étendu, celui de prospect. Que le propriétaire du fonds asservi élève chez lui des constructions, il se procurera le moyen de contrarier la servitude dont le voisin ne tire point parti. De même, celui qui a cédé le droit de prendre l'eau jaillissant sur son fonds pour l'irrigation du fonds voisin, pourrait, en profitant de l'inaction dans laquelle resterait l'acquéreur de la servitude, disposer de l'eau négligée, de manière à lui donner une destination qui serait en opposition avec celle qui lui avait été assignée lors de l'établissement de la servitude. Nous tenons néanmoins pour certain qu'on ne devrait pas, à raison de cette possibilité d'actes contraires, laquelle n'a pas été réalisée, sauver de la péremption le droit de servitude qui n'a nullement été mis en action dans les trente ans postérieurs à sa création.

Digitized by Google

202. Ce qui est concluant pour étendre dans notre espèce à une servitude même continue la perte par le simple non-usage, c'est la considération sur laquelle s'appuie ce mode d'extinction quand il s'agit des servitudes à l'égard desquelles il fonctionne régulièrement, c'est-à-dire des servitudes qui autorisent seulement à faire tel ou tel acte sur le fonds assujetti. En vain la servitude aurait-elle été pratiquée pendant une certaine période de temps; du moment où les actes d'exercice s'arrêtent, sans être désormais renouvelés, l'état de liberté commence à la suite du dernier acte d'exercice; on trouve ici une possession de la liberté, qui se constitue d'elle-même, par cela seul qu'il y a inertie de la part du propriétaire dominant. Or la situation est la même à propos d'une servitude consistant *in habendo*, non *in faciendo*, qui permettrait d'établir tel ou tel ouvrage, de modifier de telle ou telle façon l'état des lieux, si l'ouvrage qui pouvait être fait ne l'a pas été, si la modification extérieure qu'il était permis d'apporter à la forme des immeubles n'a pas été réalisée. On peut dire que le fonds asservi n'a perdu alors la liberté qu'*en droit*, mais qu'*en fait* il reste en possession de l'état de liberté, la charge dont il est grevé n'ayant produit matériellement aucune impression sur cet immeuble. Par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il y ait *aliquid novi*, comme disaient les Romains, pour restituer au fonds la physionomie qui convient à un fonds libre, puisque cette physionomie n'a pas été altérée. Les apparences de la liberté n'ayant pas été supprimées, il ne peut être question de les rétablir, d'opérer un changement. En fait, la possession de la liberté a subsisté, et cette possession, quand elle s'est prolongée durant trente années nonobstant la création d'un droit de servitude, a la vertu d'entraîner un affranchissement absolu.

203. Si l'on suppose, au contraire, que l'acquéreur de la servitude n'est pas resté sans user de la faculté qui lui avait été concédée, que des ouvrages ont été exécutés par lui afin de mettre son droit en action, l'état de choses créé au moyen de ces travaux constitue, prétend-on, une servitude qui vit d'elle-même aussi longtemps que subsistera l'arrangement effectué. Il n'y a pas de liberté possible pour le fonds assujetti tant qu'il ne sera pas débarrassé de signes qui témoignent l'assujettissement. En partant de ces idées, on est arrivé à dire que, le

Digitized by Google

joug ayant été une fois imposé *de facto*, ce joug devait être secoué; que par conséquent un acte contraire à la servitude était indispensable pour bien marquer le commencement d'une période de liberté.

204. Il faut d'abord faire justice de l'importance exagérée que certains auteurs ont attribuée à l'existence des signes de la servitude. On a soutenu que la prétention à l'affranchissement était incompatible avec la permanence d'un vestige quelconque de l'état des lieux disposé en vue de la servitude, qu'ainsi, chez nous, comme chez les Romains, le retrait de la poutre enlevée même depuis plus de trente ans restait indifférent à défaut de cette circonstance que le trou dans lequel s'appuyait la poutre aurait été bouché. Les stigmates de la servitude, pour emprunter le langage de ces auteurs, restent empreints sur le fonds grevé, et déposent à tous les yeux qu'il n'y a pas de liberté.

205. Nous repoussons avec M. Demolombe[1] cette théorie, et comme lui nous n'admettons pas la maxime : *per signum retinetur signatum*. A nos yeux, le législateur ne tolère l'établissement des servitudes qu'à raison de l'utilité qu'elles procurent au fonds dominant. Cet élément d'utilité, par lequel se justifie la servitude, a-t-il disparu, ce qui sera bien attesté par trente ans de non-usage, la servitude est condamnée, sans que le maintien de tel ou tel signe puisse la sauver, pourvu que le non-usage soit constant. La coexistence de ces deux conditions, non-usage pendant trente ans et conservation de quelque signe de la servitude, se conçoit très-bien à l'égard d'une servitude discontinue, celle de passage, par exemple. On aura négligé de murer une porte, qui anciennement avait servi à ménager un passage abandonné depuis plus de trente ans. C'est avec raison qu'il a été jugé que l'existence de cette porte ne faisait pas obstacle à l'extinction du droit.

206. En sera-t-il de même à l'égard d'une servitude dite continue? Peut-il se faire également ici que nous rencontrions l'absence d'usage pendant trente ans, et néanmoins que les travaux par lesquels se manifeste la servitude aient continué

[1] T. II, n° 1012.

Digitized by Google

à subsister? C'est alors qu'il y aura lieu de se demander si, malgré un sommeil aussi prolongé, la servitude a survécu, par la puissance de ses signes extérieurs, grâce au défaut d'un acte contraire. Nous savons que pour expliquer cette ténacité de la servitude, qui pourrait impunément se maintenir d'une manière indéfinie à l'état de léthargie, on a proposé le cas où le propriétaire d'un bâtiment, jouissant d'un droit de vue avec fenêtres, laisserait obstinément les volets fermés. Qu'importe, a-t-on dit, que cette situation dure trente ans et même davantage? Les fenêtres sont toujours là, qui témoignent de la permanence de la servitude. Le droit de vue ne périra pas, et la prescription ne peut opérer que du moment où les fenêtres auront été bouchées.

207. Nous ne voyons pas un grand inconvénient à concéder que la vertu du non-usage devrait recevoir un échec en présence de pareils faits; seulement nous nous permettrons de traiter de chimérique une semblable hypothèse. Dans quel pays trouvera-t-on cette maison phénoménale, restant ainsi ensevelie dans les ténèbres, dont les possesseurs se refuseraient avec une persévérance aussi opiniâtre à recevoir pour leurs bâtiments le bienfait de la lumière que peuvent leur procurer les fenêtres dont ils sont munis? A entendre parler de ces choses, on se rappelle involontairement les contes de fées qui amusèrent notre enfance. Mais, en laissant de côté l'histoire de la belle au bois dormant, en revenant aux réalités sérieuses, à ce qui se passe dans le monde où nous vivons, on n'hésitera pas à répondre que ce sont là des suppositions imaginaires. Remarquons, en effet, que, pour écarter la perte du droit par le non-usage, il suffit d'un seul acte d'exercice de la servitude. Se figure-t-on un plaideur qui, pour faire consacrer judiciairement la faculté qu'il aurait acquise d'exiger la suppression des fenêtres donnant sur son héritage, offrirait de prouver que pendant trente ans au moins (et l'on sait que souvent il s'agira d'un délai plus long) les volets des fenêtres en question sont demeurés hermétiquement fermés, sans qu'il y ait eu un instant quelconque d'interruption? On sourirait à l'ouïe d'une pareille prétention; on tiendrait à l'avance la démonstration pour impossible, et on jugerait avec raison que, la maison ayant subsisté avec les fenêtres dont elle est garnie, il est établi par cela même que

Digitized by Google

la faculté de voir résultant de ces ouvrages a dû indubitablement être mise à profit[1].

208. S'il n'est pas à craindre que la règle de l'extinction par le non-usage, abstraction faite du préalable d'un acte contraire, expose à périr trop facilement des droits de vue, nous estimons qu'il est telle autre servitude continue à l'occasion de laquelle cette exigence d'un acte contraire mettra en péril le maintien d'un affranchissement en faveur duquel milite une vraisemblance dont il sera bien fâcheux de ne pouvoir tenir compte. On sait que l'article 688 place les conduits d'eau dans la catégorie des servitudes continues. Supposez que le propriétaire du fonds assujetti soit en mesure de prouver que depuis plus de trente ans l'aqueduc est resté à sec, que depuis plus de trente ans pas une goutte d'eau n'a été conduite de son héritage sur l'héritage voisin. Cependant, les travaux anciennement établis pour ménager l'irrigation n'ont pas été dérangés par la main de l'homme; s'ils ne sont

[1] Pour faire entrer dans l'ordre des choses possibles l'existence de fenêtres qui pendant trente ans ne sont d'aucune utilité, essayera-t-on de parler d'une maison devenue inhabitable parce qu'elle serait tombée en ruines, mais dont il serait resté debout un pan de mur percé de fenêtres? Nous ne ferions aucune difficulté de décider que, depuis l'instant où les bâtiments ont cessé de se prêter à l'habitation, non-seulement il y a eu non-usage, mais encore qu'à partir de la même époque il ne peut plus être question d'un état de lieux qui mérite le nom de servitude continue. Quelque facile que l'on soit sur l'idée de continuité, toujours est-il qu'il n'y a pas servitude de vue, si le propriétaire du fonds dominant n'est pas à même de plonger à son gré ses regards sur le fonds servant. Dans notre espèce, il n'y a pas de fenêtres proprement dites; il y a des ouvertures dans une muraille, pratiquées, nous pouvons le supposer, à 10, 20 ou 30 pieds au-dessus du sol. Les oiseaux seuls peuvent voir à travers ces ouvertures, mais non ceux qui foulent le terrain sur lequel est assise la muraille. Maintenir la servitude en pareil cas, parce qu'il reste des ouvrages qui autrefois ont servi à ménager la faculté de voir, mais qui depuis plus de trente ans ont perdu cette aptitude, c'est en réalité relever la règle : *per signum retinetur signatum*. Il faut alors se résoudre à dire qu'une porte construite en vue d'un passage, quand elle n'a pas été murée, conserve la servitude, bien que nul acte de passage n'ait eu lieu depuis trente ans. Il faut dire aussi que le trou dans lequel reposait jadis la poutre du voisin, si l'on a omis d'y jeter quelques poignées de plâtre, suffit à sauvegarder le *jus tigni immittendi*, quoique trente ans se soient écoulés depuis que le mur a cessé de supporter un *tignum*.

Digitized by Google

plus à même de fonctionner, c'est que le temps seul a amené l'obstruction des canaux, dont les traces subsistent toujours. La doctrine, conforme aux textes du Code, qui, en matière de servitudes continues, ne fait pas grâce de la nécessité de l'intervention de l'homme pour ouvrir la voie à la prescription extinctive, cette doctrine est forcée de décider qu'il est permis de remettre en vigueur un état de choses qui sommeillait depuis si longtemps. Cette opinion est soutenue par des auteurs fort considérables, notamment par M. Demolombe[1]. On ne peut disconvenir que la lettre de la loi ne soit favorable à une pareille théorie; mais qui ne voit qu'on aboutit ainsi à rétablir la maxime : *Per signum retinetur signatum?* Où s'arrêter, d'ailleurs dans cette voie, du moment où trente ans de non-usage ne suffisent pas? Il sera donc possible, au bout de cinquante ou soixante ans, de prétendre à restaurer un aqueduc, que personne, de mémoire d'homme, n'a vu fonctionner, mais pour lequel on échouerait à essayer de prouver qu'à telle ou telle époque des travaux ont été exécutés, pour faire disparaître les traces de l'ancien asservissement.

209. Nous ne serons pas embarrassés pour démontrer qu'il est contraire à la pensée du législateur de tolérer une aussi longue incertitude sur la véritable situation de la propriété au point de vue des charges qui l'affectent, et qu'il a entendu soumettre à l'action destructive qu'exerce le cours du temps les droits de servitude effacés du souvenir des vivants, que l'on a dû s'habituer à considérer comme n'existant plus, par cela seul qu'ils ont cessé pendant trente ans de donner aucun signe de vie. Voyez, en effet, ce qui est écrit dans la loi pour le cas où il adviendrait que le titulaire d'une servitude serait réduit à l'impuissance d'en jouir, parce que les choses se trouveraient dans un tel état qu'on ne pourrait plus user de la servitude. Ce serait assurément trop se hâter que de dire avec l'article 703 que la servitude *cesse*. La vérité est qu'il se produit alors une suspension en fait du droit, mais que celui-ci n'en continue pas moins à exister. Seulement le défaut d'action auquel il est condamné l'expose à une cause d'anéantissement dans l'avenir, pourvu que cet état se prolonge pendant

[1] T. II, n° 1010.

Digitized by Google

tout le cours de la prescription, c'est-à-dire pendant trente ans. Sans doute, ici encore, les rédacteurs du Code ont séparé les servitudes continues des servitudes discontinues, en décidant que, même dans cette situation, les premières ne seraient éteintes qu'autant que se rencontrerait ce fait, avant-coureur nécessaire du cours de la prescription, savoir la réalisation d'un acte contraire à la servitude. Tel paraît bien être le sens du renvoi à l'article 707 contenu dans l'article 704. Mais nous verrons que, si l'on voulait s'en tenir rigoureusement à la lettre de la loi, on aboutirait à un non-sens. Aussi les meilleurs auteurs ont-ils dû se résigner à reconnaître dans ce cas la toute-puissance du non-usage, isolé de la condition de l'acte contraire, condition qui devient impraticable.

210. Faisons observer d'abord que la démarcation entre le non-usage et l'hypothèse réglée dans l'article 703 a soulevé dans la doctrine des difficultés pour la solution desquelles divers systèmes ont été proposés. A quoi bon, peut-on se demander, prononcer la déchéance de la servitude, à raison de ce qu'il y aura eu pendant trente ans impossibilité de jouir, puisque le non-usage durant le même laps de temps, indépendamment de la cause qui l'amène, suffit à éteindre la servitude.

211. Suivant certains auteurs, là où l'état des lieux ne se prête plus à l'exercice de la servitude, le mal serait irrémédiable; la servitude devrait fatalement succomber, dès que la dernière heure des trente ans a sonné, sans qu'on ait vu reparaître la possibilité de renouveler la jouissance. Il n'y aurait pas moyen d'écarter le préjudice en faisant constater judiciairement l'existence du droit; il n'y aurait pas lieu également à tenir compte de la minorité des intéressés. En un mot, il s'agirait d'un délai préfix, non d'une prescription susceptible d'interruption ou de suspension. — Une opinion, qui est précisément l'antithèse de la précédente, place dans une situation privilégiée les titulaires des servitudes, qui éprouveraient un obstable invincible à l'exercice de leur droit. Pour ceux-là, le laps de temps, tout étendu qu'il soit, ne saurait entreprendre dans l'avenir sur les chances possibles de résurrection de la servitude, quelque tardive que soit la réalisation de cette éventualité. On exige toutefois que le propriétaire du fonds dominant soit dépourvu de tout moyen de faire

Digitized by Google

cesser l'obstacle à l'exercice de la servitude, que le rétablissement des lieux soit au-dessus de sa volonté, sans quoi il serait exposé à subir les effets de la prescription.

212. Nous estimons, avec M. Demolombe[1], que ni l'un ni l'autre de ces systèmes n'est admissible. Il serait injuste de sacrifier les intérêts de celui qui s'est trouvé réduit à l'impossibilité de jouir, auquel ne saurait être imputée aucune négligence. Respectez du moins l'espérance que peut lui ménager l'avenir de voir son droit reprendre vigueur, pourvu qu'il ait fait dans les trente ans ce qui est nécessaire pour sauver ce droit de l'oubli. Il y aurait, en effet, des inconvénients sérieux à laisser vivre indéfiniment des charges dont rien ne révèle l'existence; et l'excuse de la force majeure, qui paralyse l'exercice de la servitude, ne doit pas dispenser de rappeler par des actes d'interruption que cette servitude n'a point absolument péri. Il importe d'éveiller l'attention des intéressés sur des droits que l'état des lieux ne fait plus connaître, que nul désormais ne peut soupçonner. L'article 665, qui mentionne formellement la prescription pour l'une des hypothèses dont s'occupe l'article 703, et le renvoi fait par l'article 704 à l'article 707, où se trouve fixée la règle pour le point de départ de la prescription, ne permettent guère de mettre en doute cette idée que le législateur a bien songé à une application de la prescription ordinaire qu'il faut accepter avec sa portée habituelle. Le bénéficiaire de la servitude n'échappe pas à cette cause d'extinction des droits, mais il lui est permis d'en conjurer les effets en se montrant vigilant; telle est la doctrine qui a prévalu dans la jurisprudence.

213. Cette doctrine, il est vrai, peut être accusée de réduire au néant les articles 703 et 704. C'est une illusion, a-t-on fait observer, que d'énumérer au nombre des modes d'extinction des servitudes réelles ce que les commentateurs ont appelé l'*interitus rei*, c'est-à-dire un état des lieux tel que la servitude ne peut plus s'exercer. Effectivement, la circonstance qu'une pareille situation s'est produite est impuissante par elle seule et *à priori* pour faire disparaître le droit. Celui-ci ne succombe en réalité qu'autant que cette situation s'est prolongée pendant trente années. Or telle est précisément la mesure du

[1] T. II, n° 979.

Digitized by Google

temps, grâce auquel la servitude périt par le non-usage. Il n'y a donc au fond autre chose qu'une simple application de la force attachée au défaut d'usage, et les deux modes d'extinction se confondent en un seul, à cette différence près que, tantôt l'inaction du propriétaire du fonds dominant ne sera pas exempte du reproche de négligence, tantôt il sera question d'un non-usage forcé, imposé malgré lui au titulaire de la servitude.

E. MACHELARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

DE LA CONTREBANDE DE GUERRE.

(HISTOIRE ET JURISPRUDENCE.)

Par Alexandre BASILY [1].

La Russie, plus qu'aucune autre nation, prit sous sa protection la cause des neutres; elle s'opposa toujours aux tendances oppressives de l'Angleterre, et les traités qu'elle conclut avec cette puissance en 1754 et 1766 portent une énumération correcte des objets de contrebande [2]. Mais la Grande-Bretagne, nous l'avons vu, n'était disposée à respecter les traités qu'en tant qu'ils n'étaient pas contraires à ses intérêts. Aussi vers la fin du siècle dernier, à l'initiative de la Russie, quelques puissances continentales se sont liguées pour la protection des droits de leurs sujets contre la volonté arbitraire des belligérants, de l'Angleterre surtout. Il s'agit des célèbres traités des deux neutralités armées des années 1780 et 1800. Les traités d'alliance de l'année 1800 déterminent d'une manière rationnelle les objets de contrebande de guerre, en n'y comprenant que les canons, mortiers, armes à feu, pistolets, bombes, grenades, boulets de canon, balles de mousquets, fusils, pierres à fusil, amadou, poudre, épées, baudriers, gibernes, selles et brides. Mais ces traités n'eurent pas une longue durée; c'est que la neutralité armée coûte cher: elle exige l'entretien d'une

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 238.
[2] Martens et Cussy, *Recueil*, t. I, p. 47, art. 11 du traité.

Digitized by Google

flotte puissante; sous plusieurs rapports, c'est presque un état de guerre au sacrifice d'hommes près. Les guerres de la Révolution ont forcé plusieurs puissances continentales de préférer l'alliance de l'Angleterre à la neutralité armée, et plus tard les guerres de Napoléon Ier ont complétement modifié la situation. Le traité de commerce conclu en 1797 entre l'Angleterre et la Russie, laisse dans le vague les questions controversées du droit maritime; l'énumération des objets de contrebande finit par un *etc.*, qui peut donner lieu à des explications arbitraires[1]. Le traité, signé en 1801 et connu sous le nom de « convention maritime, » sacrifie les vrais principes aux circonstances de l'époque; c'est ainsi qu'il reconnaît le principe que « le pavillon ne couvre pas la marchandise, » c'est-à-dire que les propriétés ennemies, embarquées sur des vaisseaux neutres, sont passibles de confiscation. Mais la Russie obtint que le cercle des objets de contrebande fût maintenu dans ses limites naturelles[2]. Toutefois l'Angleterre ne renonça pas à sa manière de comprendre la contrebande de guerre. Dans le traité de 1803 qu'elle s'empressa de conclure avec le Danemark et la Suède, après la dissolution de la seconde alliance de neutralité armée, elle réussit à prohiber les matériaux de construction navale[3].

Durant la lutte de la France et de l'Angleterre, au commencement de ce siècle, la question de la contrebande de guerre fut complétement absorbée par le système monstrueux du blocus fictif de tout le territoire ennemi. Chacun des belligérants prétendait détruire tout le commerce de son ennemi avec les neutres, et par conséquent on ne parlait plus de contrebande de guerre[4].

Cependant la neutralité armée et le système continental de Napoléon ont fait sentir à l'Angleterre les dangers des

[1] Martens et Cussy, *Recueil*, t. II, p. 135, art. 11 du traité.

[2] Martens et Cussy, *Recueil*, t. II, p. 248, art. 3 du traité.

[3] Traité avec la Suède. V. Martens et Cussy, t. II, p. 290, art. 2 du traité.

[4] Les actes qui établissent ce blocus sont du côté de la France, le décret de Berlin du 21 novembre 1806 (Martens, Supplément, t. V, p. 439), le décret de Milan du 17 décembre 1807 (Martens, Supplément, t. V, p. 452); du côté de l'Angleterre, les ordres du Conseil du 16 mai 1806 (Martens, Supplément, t. V, p. 436), du 7 janvier 1807 (Martens, Supplément, t. V, p. 444), du 11 novembre 1807 (Martens, Supplément, t. V, p. 446).

Digitized by Google

excès auxquels elle s'était livrée. En même temps les autres grandes puissances, et surtout la France et la Russie, se sont attachées à développer de plus en plus leurs flottes militaires. Sous l'impression de cette situation ainsi modifiée, l'Angleterre, sans renoncer formellement à ses tendances traditionnelles par rapport à la contrebande de guerre, a commencé à témoigner dans la pratique même de la guerre plus de respect pour les principes généralement admis. Néanmoins, toutes les fois qu'elle n'a pas consenti par traités spéciaux à des restrictions, elle a cherché à frapper d'interdiction toute sorte de marchandises : des chevaux, des bois de construction, des machines à vapeur, des charbons, des vivres, contrairement à la pratique de toutes les autres puissances du monde civilisé. C'est cette même théorie que l'Angleterre a appliquée jusque dans la dernière guerre d'Orient. Pendant qu'elle s'entendait avec la France au sujet de la navigation des neutres et de l'abolition de la course, les efforts faits pour formuler une définition commune de la contrebande de guerre restèrent sans résultat. Le 30 mars 1854, dans une séance de la Chambre des communes, l'attorney général déclara, en réponse à une interpellation qui lui avait été faite, que l'on devait à son avis comprendre sous la désignation de contrebande de guerre les armes, les munitions de guerre et *les vivres*. En réponse à une autre interpellation, le premier lord de l'amirauté, sir James Graham, répondit le 22 juin 1854 : « Il n'est pas douteux que les marchandises détruites, telles que *bois, goudron, cordages, poix*, etc., ne fussent de la contrebande de guerre. » Il décida aussi le 9 mai de la même année que *la houille* pouvait être considérée comme objet de contrebande dans certaines circonstances[1]. Les puissances neutres ne purent se résigner à se soumettre de bonne grâce à ces prétentions de l'Angleterre; c'est ainsi que la Suède déclara, le 8 avril 1854, que « par contrebande de guerre il faut entendre les articles suivants : canons, mortiers, armes de toute espèce, bombes, grenades, boulets, pierres à feu, soufre, cuirasses, piques, ceinturons, gibernes, selles et brides, ainsi que toutes fabrications pouvant servir directement à l'usage de la guerre. » (Art. 5 de la déclaration.)

[1] Gessner, *Droit des neutres sur mer*, p. 79 et 82.

Digitized by Google

La France, quoique engagée dans la lutte, a refusé de se rallier à la théorie anglaise; à l'exemple de la Russie, elle a suivi les principes de la neutralité armée pendant la plus grande guerre maritime dont l'époque actuelle ait été témoin. Les décrets français du 24 février et du 16 avril 1854 interdisant l'exportation d'articles de contrebande de guerre, comprennent, il est vrai, dans cette interdiction, les chevaux, les machines et parties de machines, et d'une manière générale toutes les marchandises qui peuvent favoriser la navigation; mais il ne faut pas oublier que ces décrets ne concernent que des sujets français; ils n'ont par conséquent nullement pour but de déterminer les articles dont le commerce doit être défendu aux neutres[1].

Le fait que la déclaration du 16 avril, du congrès de Paris, relative au droit maritime, ne contient aucune définition de la contrebande de guerre, prouve que l'Angleterre n'a pas encore renoncé à sa théorie de contrebande par accident, théorie complétement abandonnée par les autres nations. Le gouvernement britannique trouve dans cette théorie un moyen de légitimer les prohibitions arbitraires dont il peut frapper, selon ses convenances, des marchandises qui ont d'ordinaire une destination toute pacifique, et qui ne sont employées qu'accidentellement à la guerre; ou encore celles qui doivent subir des transformations pour devenir des instruments ou des munitions de guerre. « Les publicistes anglais modernes (dit « Gessner) mettent beaucoup de zèle à la défense du point de « vue national. »

C'est ce que fait en particulier Phillidore, avocat à la cour de l'amirauté et juge des cinq ports.

Phillidore est cependant l'un des rares jurisconsultes anglais qui prennent en considération les opinions des publicistes modernes d'Allemagne et de France; la plupart de ses confrères, et entre autres Wildman, qui a construit toute sa théorie sur des sentences de tribunaux anglais, ne paraissent pas même connaître[2] les opinions admises par les jurisconsultes étrangers.

On voit, par tout ce qui précède, que le droit réservé aux

[1] Gessner, *loc. cit.*, p. 81.
[2] Gessner, p. 83.

Digitized by Google

belligérants de réprimer la contrebande de guerre, droit incontestable par son essence même, est devenu la source des plus grands abus. Un grand nombre d'articles de commerce fut, et malheureusement est encore qualifié trop souvent de contrebande de guerre; les mesures les plus arbitraires furent sanctionnées par les sentences des tribunaux de prises. Une triste célébrité a été acquise sous ce rapport aux noms des juges anglais Mariot, Jankinson, William Scott[1]. Pour rendre ces sortes d'abus impossibles dans l'avenir, la science du droit doit s'appliquer à déterminer avec précision toutes les questions qui ont trait à la contrebande de guerre, et surtout les objets qui en font partie. Mais avant d'aborder ce sujet, nous croyons utile de donner une liste des documents historiques qui statuent sur la question dont nous nous occupons. La prohibition légale de la contrebande de guerre a été instituée, soit par les législations intérieures des États, soit par des actes synallagmatiques. Nous devons noter d'abord que les lois d'un État ne sont obligatoires sur mer que pour ses propres sujets. Cependant les États puissants ont souvent réussi à appliquer leurs propres lois aux nations neutres plus faibles. Parmi ces lois, celles qui ont eu le plus d'applications sont :

1. Les lois de Hanse, d'Oléron et de Visby, qui d'ailleurs ne contiennent que des notions très-vagues au sujet de la contrebande de guerre;

2. Les édits des États-Généraux de Hollande, surtout ceux des années 1652, 1657, 1689;

3. Les ordonnances des rois de France : François Ier de l'année 1543, Henri III de l'année 1584, Louis XIV de l'année 1681, et le règlement de Louis XVI du 26 juillet 1778;

4. Les ordres de conseil (*orders of council*) du gouvernement anglais, qui ont paru dans tout le courant du siècle dernier. Ce n'étaient pas des règles permanentes; dans le cours de la même guerre, le gouvernement les modifiait souvent[2].

[1] Leurs sentences sont insérées dans l'ouvrage de Robinson, *Admiralty reports.*

[2] Ces ordres émanent du conseil privé du roi (*council*) ; ils sont votés par les conseillers responsables de la couronne. Voir à leur sujet *Conversations Lexicon*, part. III, p. 352 (2e éd., Leipzig).

Digitized by Google

D'autre part, les stipulations des traités à l'égard de la contrebande de guerre ne peuvent pas avoir une grande portée dans la science du droit : elles sont habituellement en rapport avec les circonstances de l'époque; il y en a même plusieurs qui évidemment ont été imposées par les puissances prépondérantes sur mer, par l'Angleterre surtout, à des États plus faibles. Parmi les traités qui ont rapport à la contrebande de guerre, nous citerons les plus marquants :

1. Entre l'Angleterre et la Bourgogne, du 10 mars 1406; il fut renouvelé en 1417. (Dumont, *Corps diplomatique*, v. II, p. 302.)
2. Entre l'Angleterre et la Bretagne, du 2 juillet 1468.
3. L'Angleterre et l'Espagne, du 19 août 1604.
4. La Hollande et la Suède, du 5 avril 1614.
5. L'Angleterre et l'Espagne, du 15 novembre 1630.
6. L'Espagne et la France, du 15 novembre 1630.
7. L'Angleterre et le Portugal, de 1642. (Dumont, *Corps diplomatique*, t. VI, part. I, p. 254.)
8. La Hollande et la France, du 18 août 1642. (Dumont, t. VI, part. I, p. 342.)
9. L'Espagne et les villes hanséatiques, du 11 septembre 1647, art. 3. (Dumont, t. VI, part. I, p. 403.)
10 [1]. La Hollande et l'Espagne, du 15 décembre 1650, art. 6 et 7 (Dumont, t. VI, part. I, p. 570); il fut renouvelé en 1670 et 1714.
11. L'Angleterre et le Danemark, art. 2, du 21 février 1651. (Dumont, t. VI, part. II, p. 341.)
12. L'Angleterre et la Suède, du 21 octobre 1651.
13. L'Angleterre et le Portugal, de l'année 1654. (Dumont, t. VI, part. II, p. 74.)
14. L'Angleterre et la Hollande, du 5 avril 1654. (Dumont, t. VI, part. II, p. 74.)
15. L'Angleterre et la Suède, du 11 avril 1654, d'Upsal, art. 11. (Dumont, t. VI, part. II, p. 74.)
16. La France et les villes hanséatiques, du 10 mai 1655.
17. L'Angleterre et la France, du 3 novembre 1655.

[1] Le traité de Westphalie de 1648 ne contient aucune stipulation à l'égard de la contrebande de guerre.

Digitized by Google

18. La France et l'Espagne, du 17 novembre 1659, art. 12 et 13, connu sous le nom de *Traité des Pyrénées.* (Dumont, t. VI, part. I, p. 264.)

19. Le Portugal et la Hollande, du 6 août 1661.

20. L'Angleterre et le Danemark, du 21 octobre 1691, art. 11.

21. L'Angleterre et la Suède, du 21 décembre 1661, art. 11.

22. La Hollande et la France, du 27 avril 1662, art. 27 et 28.

23. La Hollande et la Suède, de l'année 1667, renouvelé en 1675 et 1679. (Dumont, t. VIII, p. 37, 316, 437.)

24. L'Angleterre et la France, 1667. (Dumont, t. VII, part. I, p. 327.)

25. L'Angleterre et la Hollande, du 17 février 1668. (Dumont, t. VII, p. 74.)

26. L'Angleterre et le Danemark, de l'année 1669, art. 3. (Dumont, t. VII, part. I, p. 132.)

27. L'Angleterre et la Hollande, du 1er décembre 1674, art. 3. (Dumont, t. VIII, p. 78.)

28. L'Espagne et la Hollande, de 1674.

29. La Hollande et la Suède, du 26 novembre 1675. (Dumont, t. VII, p. 316.)

30. L'Angleterre et la France, du 24 février 1672, art. 3 et 4. (Dumont, t. VII, p. 337, 349.)

31. La Hollande et la France, du 24 septembre 1678 (de Nimègue). (Dumont, t. VII, p. 32.)

32. L'Angleterre, la France, la Hollande et l'Espagne, traité d'Utrecht, du 11 avril 1713, art. 12. (Dumont, t. VIII, part. I, p. 345.)

33. La France et les villes hanséatiques, du 28 décembre 1716, art. 14.

34. L'Angleterre et la Suède, de l'année 1720.

35. La Hollande et la France, du 21 décembre 1739.

36. La France et le Danemark, du 23 août 1742.

37. La Russie et l'Angleterre, de l'année 1754.

38. La Russie et l'Angleterre, du 20 juillet 1776. (Martens, *Recueil*, t. I, p. 394.)

39. Les États-Unis d'Amérique et la France, du 6 février 1778.

40. L'Angleterre et le Danemark, du 4 juin 1780.

Digitized by Google

41. Les traités de la neutralité armée de l'année 1780, nommément ceux entre :

a) La Russie et le Danemark, du 9 juillet 1780. (Martens, *Recueil*, part. II, p. 103.)

b) La Russie et la Suède, du 27 septembre 1780. (Martens, *Recueil*, part. II, p. 110.)

Les puissances suivantes ont adhéré par des traités conclus avec la Russie à cette neutralité :

c) Les Etats-Unis d'Amérique, en 1781. (Martens, *Recueil*, part. II, p. 117.)

d) La Prusse, le 8 mai 1781. (Martens, *Recueil*, part. II, p. 130.)

e) L'Autriche, le 9 oct. 1781. (Martens, *Recueil*, part. II, p. 171.)

f) Le Portugal, le 15 juin 1782. (Martens, *Recueil*, part. II, p. 280.)

g) Les Deux-Siciles, le 10 février 1783. (Martens, *Recueil*, part. III, p. 274.)

42. La Hollande et les États-Unis d'Amérique, le 8 octobre 1782. (Martens, *Recueil*, t. IV, p. 451.)

43. La Russie et le Danemark, du 19 octobre 1782. (Martens, *Recueil*, t. IV, p. 477.)

44. La Suède et les États-Unis d'Amérique, de l'année 1783. (Martens, *Recueil*, t. III, p. 568.)

45. La Russie et la Turquie, du 10-21 juillet 1783, art. 24 et 40.

46. L'Angleterre et la France, la Hollande et l'Espagne, des 2 et 3 septembre 1783. (Martens, *Recueil*, t. III, p. 514.)

47. Les États-Unis d'Amérique et la Prusse, du 10 septembre 1785.

48. L'Angleterre et la France, du 11 janvier 1786, art. 22 et 23.

49. La Russie et la France, du 11 janvier 1787, 31 décembre 1786. (Martens, *Recueil*, t. IV, p. 210.)

50. La Russie et les Deux-Siciles, du 6-17 janvier 1787.

51. L'Angleterre et les États-Unis d'Amérique, du 19 novembre 1794, art. 18. (Martens, *Recueil*, t. V, p. 643.)

52. L'Angleterre et la Hollande, du 29 août 1795.

53. L'Angleterre et la Russie, du 9-21 fév. 1797. (Martens, *Recueil*, t. VI, p. 727.)

Digitized by Google

54. La Russie et le Portugal, de l'année 1798.

55. La Prusse et les États-Unis d'Amérique, du 11 juillet 1799, renouvelé le 1er mai 1828.

56. La Russie et le Danemark, de 1800.

57. La France et les États-Unis d'Amérique, du 30 septembre 1800. (Martens, *Recueil*, t. VII, p. 470.)

58. Les traités de la neutralité armée, de l'année 1800, nommément ceux entre :

a) La Russie et la Suède, du 16 décembre 1800. (Martens, *Recueil*, part. VII, p. 391.)

b) La Russie et le Danemark, du 16 décembre 1800, ratifié le 27 février 1801.

c) La Russie et la Prusse, du 18 décembre 1800.

59. Les traités suivants connus sous le nom de *convention maritime*, entre :

a) L'Angleterre et la Russie, du 17 juillet 1801.

b) L'Angleterre et le Danemark, du 23 octobre 1801.

c) L'Angleterre et la Suède, du 30 mars 1802. (Martens, *Recueil*, t. VII, p. 260.)

60. Russie et Suède, 1801, 1-13 mars, art. 24. (Martens et Cussy, *Recueil*, t. II, p. 233.)

61. L'Angleterre et la Suède, du 25 juillet 1803. (Martens, *Recueil*, t. VIII, p. 77.)

62. L'Angleterre et le Portugal, de 1810.

63 [1]. La Prusse et le Danemark, de l'année 1818, art. 21.

64. Les traités suivants des États-Unis d'Amérique avec les autres puissances du nouveau monde :

a) La Colombie, 3 octobre 1824, art. 14.

b) Le Chili, du 16 mai 1832, art, 14.

c) La fédération de l'Amérique centrale, du 5 décembre 1825, art. 16 et 17.

d) Le Mexique, du 5 avril 1831, art. 16.

e) Vénézuela, du 20 janvier 1836, art. 17. (Voir Martens, *Nouveau Recueil*, t. VI, p. 831 ; t. X, p. 334 ; t. XI, p. 442 ; t. XIII, p. 554 ; nouv. supplément, t. II, p. 415.)

[1] Les traités de 1814 et 1815 gardent un silence absolu sur la contrebande de guerre, comme sur toutes les questions qui se rapportent à la neutralité.

Digitized by Google

65. La France et le Brésil, du 18 janvier 1826, art. 21. (Martens, *Nouv. Rec.*, VI, p. 874.)

66. La Prusse et le Brésil; du 9 juillet 1827, art. 11. (Martens, *Nouveau Recueil*, VII, p. 274.)

67. Le Danemark et le Brésil, de 1727.

68. La Prusse et le Mexique, du 18 février 1831, art. 11. (Martens, *Nouveau Recueil*, t. XII, p. 544.)

69. La France et le Texas, du 25 septembre 1839, art. 6. (Martens, *Nouveau Recueil*, t. XIII, p. 988.)

70. La Hollande et le Texas, du 18 septembre 1840, art. 17. (Martens, *Nouveau Recueil*, t. I, p. 379.)

71. La France et la Nouvelle-Grenade, du 1er octobre 1846.

72. La Russie et la Turquie, de l'année 1846, art. 11. (Martens et Cussy, *Recueil*, part. V, p. 637.)

CHAPITRE II.

Des personnes ou sujets par rapport à la contrebande de guerre.

Avant de parler des objets qui constituent la contrebande de guerre, nous croyons devoir déterminer les rapports établis par l'état de guerre entre les belligérants d'une part, et les neutres de l'autre, soit par le fait même de la contrebande de guerre, soit par la répression que ce fait motive.

La contrebande de guerre ne peut avoir lieu qu'entre la *puissance belligérante* d'une part et une *nation neutre* de l'autre. Ce sont donc là les personnes juridiques ou les sujets par rapport à la contrebande de guerre.

Nous devons observer avant tout qu'il ne peut être question de contrebande de guerre dans l'état de paix[1]. Personne n'est en droit de s'opposer à la fourniture de toute espèce de marchandises par qui que ce soit à un État souverain : la liberté absolue du commerce est inhérente à la souveraineté. Ce principe est rigoureusement observé, lors même qu'une puissance est fondée à croire diriger contre elle les approvisionnements que prépare un autre État. Tout ce qu'elle peut faire en ce cas, c'est de demander des explications à la puissance qui se livre à des préparatifs de guerre.

[1] Hübner, *De la saisie des bâtiments neutres*, t. I, ch. VI, § 1.

Digitized by Google

Une question se présente ici, celle de savoir à partir de quelle époque précise doit s'appliquer la qualification de contrebande de guerre à la fourniture de certains objets : sera-ce dès le début des hostilités, ou seulement après la notification de la guerre aux États neutres? L'État neutre n'est censé avoir connaissance de l'état de guerre qu'après en avoir reçu la notification; alors seulement il peut interdire à ses sujets la fourniture de certains produits aux belligérants, en déclarant que telle branche de commerce sera dorénavant privée de sa protection[1]. Il s'ensuit que les nations neutres peuvent continuer cette fourniture jusqu'à la réception de la notification de l'état de guerre. Il est tout aussi évident que dans l'état de guerre même, la contrebande de guerre ne peut se produire entre les nations neutres; ce n'est qu'entre un neutre et un belligérant qu'elle peut avoir lieu. En effet, pendant la guerre même, les nations neutres se trouvent réciproquement, mais non avec les belligérants comme nous l'avons fait observer plus haut, dans les mêmes rapports qu'auparavant; la guerre qui se poursuit dans leur voisinage ne peut influencer ni leurs relations pacifiques ni l'échange entre elles des objets à leur convenance réciproque, lequel doit demeurer entièrement libre de toute entrave. Nous voyons cependant les États belligérants violer parfois ce droit incontestable des nations neutres en vue de développer leur propre commerce aux dépens de ces nations. Ces faits se sont surtout produits au détriment du commerce des neutres dans les guerres qui ont bouleversé le monde à la fin du siècle passé et dans le commencement de celui-ci. A cette époque l'Angleterre déclara qu'elle ne reconnaîtrait pour neutres que les vaisseaux qui viendraient dans ses ports pour s'y faire munir de permis de navigation, formalité accompagnée de frais considérables. La France, de son côté, déclara privé du droit des neutres tout vaisseau qui se conformerait à cette exigence de l'Angleterre, ou bien se laisserait visiter par une croisière anglaise. Chacune des deux puissances belligérantes défendit également aux neutres toute relation avec son adversaire, et même tout commerce des produits de son sol, sous peine de confiscation de la mar-

[1] Vattel, *Droit des gens*, l. III, § 113.

Digitized by Google

chandise et du vaisseau lui-même[1]. Enfin le gouvernement anglais défendit toute espèce de commerce avec les États neutres qui, sous l'influence de la France, avaient adhéré au système continental, en fermant leurs ports aux produits anglais[2]. Cette disposition du gouvernement anglais était évidemment illégale, car il n'était pas en droit de considérer la mesure adoptée par les neutres comme une violation de la neutralité : chaque nation a le droit de commercer avec qui elle veut, et l'on ne peut pas imposer par des mesures répressives à un État indépendant d'ouvrir ses ports à tel ou tel autre produit.

La contrebande de guerre ne peut davantage avoir lieu entre les belligérants eux-mêmes; en effet, dans l'état de guerre, le sujet d'un des belligérants qui approvisionnerait l'ennemi d'objets de contrebande de guerre, serait passible des lois pénales de sa patrie, et le fait dont il se rendrait coupable serait complétement étranger au droit international. Lorsque plusieurs puisssances sont engagées dans la même guerre, les deux groupes alliés ne forment que deux personnes juridiques, auxquelles doit s'appliquer le principe ci-dessus. Quant à la fourniture d'objets de contrebande de guerre entre deux membres du même groupe belligérant, ce commerce est passible du droit de prise, qui s'étend sur l'ensemble du commerce ennemi. Certes le droit de prise ne peut être admis dans la théorie du droit; mais il l'est dans la pratique de la guerre, et par conséquent les objets de contrebande de guerre, dans les cas en question, sont confisqués à l'égal de toute autre propriété ennemie sur mer.

Ce sont les *nations* neutres, les sujets des puissances neutres, nullement les *gouvernements* neutres qui font la contrebande de guerre. Dans le cas où un gouvernement neutre fournit de ses arsenaux et par ses vaisseaux de guerre à l'un des belligérants, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, il devient par ce fait même ennemi de la partie adverse, quoiqu'il n'y ait pas déclaration formelle de guerre. Dans ce cas

[1] La même mesure avait déjà été adoptée par le gouvernement français dans la guerre pour la succession d'Espagne. V. *Règlement pour les armateurs de l'année* 1704, Lamberti, t. XIII, p. 435.

[2] V. les décrets de Berlin et de Milan, ainsi que les ordres du consul britannique de 1807 (Martens, supplément, t. V).

Digitized by Google

les armes et toutes les munitions de guerre sont confiscables, non plus comme objets de contrebande de guerre, mais comme propriété ennemie, avec le vaisseau et la totalité de la cargaison; si toutefois le belligérant ne désire point engager la lutte avec le neutre qui a violé les lois de neutralité, il doit se borner à la confiscation des seuls objets de la contrebande de guerre.

Le droit de répression à l'égard de la contrebande de guerre appartient à toute puissance belligérante, comme aussi l'obligation de s'en abstenir est de rigueur pour tous les neutres. Ce droit et ce devoir ne découlent point exclusivement, comme l'ont pensé quelques publicistes, de l'autorité des traités internationaux. Ils tiennent à l'essence même de l'état de guerre et de celui de neutralité. Par conséquent une puissance qui n'aurait pas contracté d'engagement par acte public avec une autre puissance au sujet de la contrebande de guerre, n'en est pas moins en droit d'en exercer la répression à l'égard des sujets de cette puissance[1]. Quelques publicistes ont énoncé l'opinion que les puissances dont les produits consistent en objets de contrebande de guerre, ne peuvent être privées du droit de les fournir aux belligérants, si ce n'est par des clauses explicites des traités à ce sujet. Cette opinion appartient plus spécialement aux publicistes qui ont considéré le blé, le bois de construction et d'autres produits de première nécessité comme objets de contrebande de guerre. La même opinion s'est produite parfois dans la pratique de la guerre : en 1700, par exemple, durant la guerre pour la succession d'Espagne, la France a déclaré contrebande de guerre la poix et le goudron, à l'exclusion toutefois du transport de ces objets sous pavillon suédois, par la raison qu'ils sont des produits du sol de Suède[2]. Quant à nous, comme nous ne nous proposons pas de qualifier de contrebande de guerre des produits qui peuvent former la principale branche du commerce d'exportation de tel ou tel autre pays, nous n'avons aucune raison d'admettre cette exception. En tout état de cause, l'intérêt commercial doit être subordonné aux prescriptions du droit.

[1] Massé, *Droit commercial*, part. I, ch. II, § 201.

[2] V. Valin, *Commentaire sur l'ordonnance*, l. III, tit. 9, *des prises*, ch. V, § 6.

Digitized by Google

Nous croyons superflu d'ajouter que les opinions du neutre quant à la justice de la guerre et ses sympathies pour l'un des belligérants, ne peuvent en rien modifier son devoir de stricte abstention de la contrebande de guerre : la neutralité impose une impartialité absolue à l'égard des deux belligérants. En effet, humainement parlant, c'est la guerre même qui doit décider de quel côté est le bon droit. Il n'appartient pas aux neutres de s'ériger en juges entre les belligérants; ils sont donc tenus d'observer une stricte impartialité, quel que soit le parti qui leur paraisse avoir en sa faveur la justice et l'équité[1]. Certes, c'est une chose digne et noble que de défendre une puissance faible, injustement attaquée par une puissance plus forte; mais l'appui accordé en ce cas doit se manifester par la négociation auprès du plus fort, ou par l'alliance active avec le plus faible. Ni appréciation quelconque quant à la justice de telle ou telle cause, ni sympathies gouvernementales ou nationales ne peuvent autoriser un État qui reste neutre à combiner le droit de neutralité et l'état de paix avec une action préjudiciable à l'un des partis en lutte, et cela par des moyens indirects et inavouables.

[1] Heinecius, *De jure princip. circa comm. libert.*, § 12 : Bynkershoëk, *Quæstiones juris publici*, lib. I, cap. 9, cité par Massé, *Droit commercial*, part. I, § 204.

A. BASILT.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

COMMENTAIRE DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867 SUR LES SOCIÉTÉS,

SUIVI

D'UN APPENDICE CONTENANT LES DOCUMENTS LÉGISLATIFS.

Par H. F. RIVIÈRE, président du tribunal civil de Mauriac, etc. [1].

Compte rendu par M. F. RATAUD,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

M. Rivière, dont les travaux antérieurs sont justement appréciés, vient, l'un des premiers, nous offrir une explication exégétique et approfondie de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés. L'auteur est allé au-devant de toutes les difficultés qu'offre cette matière et, pour les résoudre, il a su mettre savamment à contribution les travaux préparatoires, la discussion au Corps législatif, et aussi, pour l'explication des articles qui ne sont que la reproduction des lois de 1856 et de 1863, les monuments très-considérables de la jurisprudence et la doctrine des auteurs. Je souscris volontiers à la plupart des solutions qu'il propose, et les réserves que je dois faire portent seulement sur un petit nombre de textes difficiles et qui ne pouvaient guère manquer d'amener des interprétations différentes.

Je signalerai d'abord l'article 3 de la loi. Suivant moi, le législateur a sous-entendu ces deux principes que le souscripteur est tenu personnellement au versement intégral du montant de son action, et que l'action doit rester nominative jusqu'à complète libération, et il n'a voulu y déroger que si, conformément aux statuts, l'assemblée a autorisé la conversion en actions au porteur des titres libérés de moitié. C'est dans ce cas seulement d'une décision favorable de l'assemblée que le souscripteur et ses cessionnaires seront libérés deux ans après la délibération. Autrement je ne comprendrais pas l'intérêt de cette délibération, ni l'utilité qu'il pourrait y avoir à imposer la forme nominative à des titres, alors que l'obligation personnelle aurait été éteinte et que l'action seule resterait tenue. Je pense donc que les premiers mots du second paragraphe de l'article 3, « *soit que les actions restent*

[1] Un volume in-8°, 1868.

Digitized by Google

nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, » ne signifient pas : *quelle que soit la délibération de l'assemblée,* quoique l'honorable rapporteur de la loi ait paru leur donner ce sens dans le passage d'un discours rapporté par M. Rivière, page 68. Suivant moi, on doit paraphraser ainsi les expressions de la loi : « *Lorsque* « *l'assemblée a autorisé la conversion des actions en actions au* « *porteur, soit qu'il ait été profité ou non de cette faculté.* »

D'un autre côté, lorsque cette autorisation a été obtenue, il me semble qu'on ne peut faire aux souscripteurs des positions inégales, maintenir l'obligation personnelle pour les uns et en affranchir les autres. Je pense donc qu'à l'expiration des deux années, l'engagement personnel disparaît aussi bien pour ceux qui ont cédé leurs actions avant le versement de moitié que pour ceux qui n'ont opéré cette cession qu'ensuite, et même pour ceux qui n'ont pas aliéné. Quant aux cessionnaires, ils échappent à la responsabilité si on leur a cédé un titre au porteur, mais il en est autrement lorsque le titre cédé est nominatif, et ceci a toujours lieu lorsque la cession est antérieure au versement de moitié. Alors les cessionnaires ne peuvent être libérés qu'après l'expiration des deux années. La fin de l'article 3 signifie que l'obligation personnelle des souscripteurs, quand même ils auraient aliéné leurs actions, et l'obligation des cessionnaires auxquels les titres auraient été vendus avant d'être convertis en actions au porteur subsiste encore pendant deux ans à partir de la délibération de l'assemblée qui autorise cette conversion.

Sur un tout autre point, extrêmement délicat, l'opinion du savant auteur me paraît souffrir difficulté. J'admets avec lui que l'on peut constituer des sociétés en nom collectif ou en commandite simple à personnel et à capital variables. Mais il ajoute (page 343) que ces sociétés ne seront pas régies par les dispositions du titre III de la loi de 1867. Il a bien évidemment raison lorsqu'il refuse de leur appliquer la prohibition du titre au porteur et la limitation forcée du capital primitif au chiffre de 200,000 francs. Il résulte de la nature des choses et surabondamment de déclarations faites dans la discussion au Corps législatif que ces précautions ont été prises uniquement contre l'abus des sociétés par actions. Mais je pense que l'article 51, relatif à la détermination du minimum du capital

Digitized by Google

social, est applicable à toutes les sociétés à capital variable. Le danger auquel la loi a voulu obvier dans cet article ne se présente pas uniquement dans les sociétés par actions. J'ajoute qu'autrement l'article 61, qui exige que certaines modifications aux statuts soient publiées, manquerait de sanction, puisque la faculté de créer une société à capital variable n'est limitée ni quant aux personnes, ni quant à la nature des opérations.

Signalons, en terminant, quelques autres points.

Je crois que l'auteur a raison lorsqu'il critique la nécessité du dépôt aux greffes des actes de sociétés en nom collectif ou en commandite simple. Je ne vois pas non plus clairement pourquoi le dépôt de la liste nominative des souscripteurs exigé par l'article 55 pour les sociétés anonymes ne l'est pas aussi pour les commandites par actions. Enfin, l'article 57 paraît exiger d'une manière générale l'indication, dans l'extrait, du capital social. Ce serait, pour les sociétés en nom collectif, une innovation considérable, dont aucune trace n'existe, à ma connaissance, dans les travaux préparatoires.

M. Rivière admet, avec raison et conformément à la jurisprudence, que la nullité pour défaut de publications ne régit que l'avenir; mais, suivant en cela la doctrine de M. Bravard, il pense qu'il en est autrement de la nullité encourue pour violation des règles imposées aux sociétés en commandite par actions et anonymes. Cette opinion, que j'avais d'abord partagée, m'inspire aujourd'hui des doutes sérieux. Si la société avait réalisé des bénéfices, il me semble que les actionnaires pourraient en exiger le partage. Ceci admis, pourquoi ne contribueraient-ils pas aux pertes, si celles-ci provenaient d'autres causes que de la violation de la loi? Il me semble rigoureux de rendre quelques-uns des associés responsables envers les autres, sans autoriser le juge à rechercher la cause du dommage. D'ailleurs il a été déclaré à plusieurs reprises que la nullité prononcée n'était autre que celle introduite par l'article 42 du Code de commerce.

En écrivant sur l'une des matières les plus difficiles de notre droit, M. Rivière a su faire comme toujours un excellent livre. Il a rendu un service à tous ceux qui voudront approfondir la loi de 1867 et qui trouveront en lui un guide aussi éclairé que consciencieux. F. RATAUD.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

Par M. Albert CHRISTOPHLE,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

DE LA DÉLIMITATION DES COURS D'EAU NAVIGABLES ET FLOTTABLES ET DE SES CONSÉQUENCES.

Il n'est guère de questions plus fréquentes et plus difficiles que celles qui s'élèvent à l'occasion de la délimitation des fleuves et rivières navigables. — Où finit le domaine public? Où commence la propriété privée? Quelle est l'autorité chargée de fixer l'étendue de l'une et de l'autre? Quelle part dans l'exercice du droit de délimitation doit être faite à l'autorité administrative d'une part, et d'autre part à l'autorité judiciaire? Quelles sont les conséquences de la délimitation au point de vue de la propriété privée? Faut-il distinguer entre la limite administrative et la limite naturelle, entre la délimitation faite pour le présent et l'avenir et celle qui a trait en même temps au passé? Telles sont les principales questions que nous voulons examiner en dégageant, aussi nettement qu'il nous sera possible, la pensée du législateur et en la rapprochant des systèmes divers qui se partagent la doctrine et la jurisprudence.

Il faut rappeler d'abord deux principes incontestables. Le premier, c'est que le lit et les rives des fleuves navigables et flottables fait partie du domaine public : « Impossibile est ut « alveus fluminis publici non sit publicus [1]. » Notre ancienne législation française n'était pas moins explicite. « Déclarons, disait l'ordonnance de 1669 [2], la propriété de tous les fleuves et rivières portant bateaux de leurs fonds..... dans notre royaume et terres de notre obéissance, faire partie du domaine de notre couronne, nonobstant tous titres et possessions contraires..... » Cette déclaration n'a pas été renouvelée par le

[1] L. 1, § 7, Dig., *De fluminibus*, Ulpien.
[2] Art. 41, tit. 27.

Digitized by Google

Code Napoléon; mais il la confirme implicitement, de l'aveu de tous les commentateurs, par les articles 556 et suivants[1]. Inutile d'insister sur ce point.

Une autre règle non moins certaine, c'est qu'à raison de la mobilité des fleuves, dont le lit est soumis aux variations les plus fréquentes, il a été nécessaire d'attribuer aux riverains, comme compensation aux inconvénients du voisinage, les lais et relais qui se forment sur les rives. La propriété privée s'accroît alors aux dépens du domaine public, en vertu du droit d'alluvion. « Les atterrissements et accroissements qui se forment incessamment et imperceptiblement aux fonds d'un « fleuve ou d'une rivière s'appellent alluvion. L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve « ou d'une rivière navigable, flottable ou non; à la charge, « dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin « de hallage conformément aux règlements. » (Art. 556 C. Nap.) « Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ces rives en « se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu. » (Art. 557 C. Nap.)

Ainsi, après avoir constitué la propriété domaniale, le législateur déclare que cette propriété est essentiellement variable, qu'elle s'accroît ou diminue, suivant les circonstances, au profit de la propriété riveraine. Il met en présence deux droits rivaux et constitue entre eux un antagonisme incessant. Où commence précisément le droit privé? A quelle limite exacte s'arrête la propriété domaniale? C'est là ce qu'il s'agit de rechercher.

Suivant le droit romain, le domaine public comprenait toute la partie du lit que l'eau couvre sans débordement : « Ripa « autem dicitur quod plenissimum flumen continet, naturalem « cursus sui rigorem tenens[2]. » « Le domaine public doit s'étendre jusque-là, parce que c'est jusqu'à ce point que le fleuve porte son action et exerce son empire, et que ce n'est que par cette ligne extrême qu'on peut dire qu'il est entièrement li-

[1] V. Proudhon, *Du domaine public*, t. 3, n° 742.
[2] L. 1, § 5, Dig., *De fluminibus*.

Digitized by Google

mité..... Mais on doit le borner là, sans qu'il soit nécessaire de regarder les rives ou limites du fleuve comme devant encore être reculées, lorsque, par quelque cause passagère, il vient à déborder : Cæterum si quando imbribus vel mari, vel qua alia ratione, ad tempus crevit, ripas non mutat[1]. »

Cette doctrine a été contestée. Un arrêt de la Cour de Rouen[2] a décidé que la limite du lit d'un fleuve doit être fixée, non pas au point où commence le débordement, mais seulement à la hauteur qu'atteignent les eaux moyennes. Toutefois, l'opinion de Proudhon, conforme à la loi romaine et à l'enseignement des anciens domanistes[3], s'est de plus en plus accréditée dans la doctrine et dans la jurisprudence : « Le lit des rivières, à dit la Cour de cassation, comprend tout le terrain qu'atteignent et couvrent, dans les habitudes de leurs cours et sans débordement, les eaux parvenues à leur plus haut point d'élévation[4]. » On peut désormais considérer la question comme définitivement résolue.

Mais il ne suffit pas de s'entendre sur ce point, et les difficultés apparaissent dès que l'on demande quelle est l'autorité chargée de fixer la ligne au-dessus de laquelle commence le débordement, et avec lui la propriété privée, au-dessous de laquelle le fleuve, coulant à pleins bords, couvre exclusivement les dépendances du domaine public. Est-ce l'autorité judiciaire qui doit faire cette délimitation, qui doit procéder, à l'aide des moyens d'instruction dont la loi lui confère l'usage, à la recherche de cette limite variable? N'appartient-il pas, au contraire, à l'autorité administrative active, aux préfets ou à leur supérieur hiérarchique, au ministre des travaux publics, de tracer et de déterminer la ligne séparative entre la propriété publique et la propriété privée? Les tribunaux civils, saisis d'une action en revendication concernant une alluvion, ne doivent-ils pas, par suite, surseoir à statuer jusqu'à ce que, préjudiciellement,

[1] Proudhon, *Du domaine public*, t. III, n° 743.

[2] 16 déc. 1842. S. V. 43, 2, 409.

[3] V. Lefebvre de la Planche, *Traité du domaine*, liv. I, ch. 3.

[4] V. Cass. 8 décembre 1863. Petit, D. P. 64, 1, 114; Req. 9 juillet 1846; Vauchel, D. P. 46, 1, 170; Lyon, 19 janvier 1849; Combalot, D. P. 49, 2, 148; Toulouse, 22 juin 1860; Beaufort, D. P. 60, 2, 128; Daviel, *Cours d'eau*, I, 151; Gaudry, *Domaine public*, I, n° 92 et s.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, § 297; Demolombe, *Distinction des biens*, n° 52.

Digitized by Google

la question de limites ait été tranchée par un acte souverain de l'administration?

Proudhon n'admettait pas ici l'intervention de l'autorité administrative. Suivant lui, « les principes une fois connus, il ne « pouvait plus y avoir sur la fixation de la ligne séparative « du domaine public et des fonds riverains que quelques dif- « ficultés de fait de nature à être encore aisément aplanies « par une expertise *judiciairement exécutée*, attendu que les « débats portant sur une question de propriété doivent être « renvoyés en justice ordinaire[1]. »

M. Demolombe a émis depuis la même opinion. « La question de savoir, dit-il, si le fait de l'alluvion est accompli... ne peut généralement être décidée qu'en fait d'après les circonstances et l'état des lieux. Il arrive quelquefois que les propriétaires riverains veulent devancer l'œuvre du cours d'eau et qu'ils prétendent avoir acquis déjà, par droit d'alluvion, des bancs de sable ou autres atterrissements dépouillés de toute végétation ou revêtus de plantes aquatiques que les eaux viennent encore couvrir et qui forment une partie intégrante du lit de la rivière. De même qu'il n'est pas non plus sans exemple que l'administration, dans ses travaux de curage et autres, sur les rivières ou les fleuves navigables ou flottables, porte atteinte au droit d'alluvion virtuellement consommé ou acquis. *C'est aux magistrats qu'il appartient de décider et de maintenir également les droits réciproques de part et d'autre*[2]. »

Il semblerait que cette thèse de la compétence de l'autorité judiciaire pour la fixation des limites du lit des fleuves navigables et flottables, enseignée par de si graves autorités, ne puisse subir et n'ait subi en effet aucune contradiction. Ce serait se tromper étrangement.

D'un accord unanime, la compétence de l'autorité judiciaire a été admise en ce qui concerne les débats entre propriétaires riverains qui se disputent une alluvion. Il ne s'agit alors que de questions d'intérêt privé; l'intérêt public est complétement hors de cause, puisque la chose jugée entre les riverains ne saurait être opposable au domaine public.—Il appartient donc aux tribunaux, en pareil cas, de déterminer, par appréciation

[1] *Traité du domaine public*, t. III, n° 744.
[2] *Distinction des biens*, t. 1, n° 51.

Digitized by Google

des faits qui leur sont soumis, et sans renvoi préalable à l'autorité administrative, la limite qu'atteignent les plus hautes eaux sans débordement[1].

Mais tout autre est le cas où l'État, agissant au nom du domaine public, lutte contre un propriétaire riverain. Doit-on alors, comme l'enseignent Proudhon et M. Demolombe, laisser à l'autorité judiciaire, à laquelle sont dévolues les questions de propriété, le soin de fixer la limite du cours d'eau?

A cette question, la jurisprudence administrative fait une réponse formellement négative. Suivant le Conseil d'État, l'administration active tient seule des lois qui l'ont constituée et des textes spéciaux à la matière des cours d'eau, le droit que Proudhon et M. Demolombe attribuent à l'autorité judiciaire. Cent arrêts, employant une formule quasi-stéréotypée, ont déclaré qu'aux termes de ces lois, « il n'appartient qu'à l'autorité administrative de prononcer sur l'étendue et les limites du lit des fleuves et rivières navigables. » De sorte que l'autorité judiciaire, saisie d'un litige de ce genre entre l'État et un riverain, doit s'abstenir de statuer et renvoyer préalablement les parties devant l'administration toutes les fois qu'il est nécessaire de déterminer, pour la solution de ce litige, la limite du lit du fleuve au devant d'une propriété privée[2].

En présence d'une jurisprudence aussi constante, il peut paraître superflu de rechercher si elle repose sur des fondements solides. Consacrée par des monuments nombreux, dans les circonstances les plus diverses, elle est restée invariablement fidèle à elle-même; mais ce n'est pas à son ancienneté seule qu'elle doit d'être inébranlable. Elle n'est que l'expression, au moins dans la généralité du principe qu'elle a proclamé, des textes législatifs qui ont placé le domaine public sous la tutelle et la sauvegarde de l'administration active, en même temps qu'elle n'est que l'application de la règle fondamen-

[1] V. Cons. d'État, 2 décembre 1853, Champel; Dufour, *Traité de droit administratif*, t. IV, n° 203; Dalloz, *Rép.*, v° *Voirie par eau*, n° 77. V. cependant M. Serrigny, *Compét. administr.*, t. II, n° 931 et les arrêts de cassation cités par cet auteur.

[2] V. Cons. d'État: 4 mars 1843, Alibert; 6 juin 1844, *id.*; 4 avril 1845; Barsalou; 5 septembre 1846, Dauzac; 30 mars 1847, Ballas; conflits: 3 avril 1850, Deherripon; 20 mai 1850, Desmarquet; 3 juin 1850, Vignat; 30 juillet 1850, Magnin; 31 mai 1851, Duhamel; 3 juillet 1852, Veye, etc., etc.

Digitized by Google

tale de notre droit public qui place les opérations administratives à l'abri des entreprises de l'autorité judiciaire[1]. Les besoins de la navigation, les dangers des inondations, les intérêts multiples qui se groupent autour de ces grandes artères de la circulation fluviale, placent naturellement la protection et la conservation du lit et des rives dans le domaine de l'administration active. — Les questions de propriété soulevées par les riverains engagent évidemment tous ces grands intérêts, et le législateur n'a pu avoir un seul moment la pensée de remettre aux tribunaux ordinaires le droit de statrer sur des conflits que l'étendue limitée de leur ressort, aussi bien que le défaut de lumières et de moyens d'investigation spéciaux[2], ne leur permettraient pas de résoudre en connaissance de cause.

Le droit de délimitation appartient donc, par la nature même des choses, à l'autorité administrative. Et il lui appartient (cette conséquence n'est qu'un corollaire nécessaire du principe) aussi bien pour le passé que pour le présent et l'avenir. — Il serait puéril de vouloir distinguer entre la détermination des limites anciennes et la fixation des limites actuelles. Si l'administration seule a qualité pour dire quelle est aujourd'hui et sur tel point déterminé l'étendue du domaine public, il est clair qu'elle seule aussi a qualité pour dire quelle était cette même limite à une époque antérieure au temps présent. Aussi la jurisprudence administrative est-elle fixée sur ce point accessoire dans le même sens que sur le premier[3].

Cette jurisprudence n'a pas tardé à être acceptée par l'autorité judiciaire[4]; mais comme, dans cette matière épineuse, les difficultés semblent ne disparaître que pour donner naissance à des questions qui semblent de plus en plus délicates,

[1] V. les lois des 22 novembre-1er décembre 1790, 12-20 août 1790, 28 septembre-6 octobre 1791, 29 floréal an X et 16 septembre 1807; le décret du 22 janvier 1808; les lois des 14-22 décembre 1789, sect. 3, art. 7, 16-24 août 1790, 16 fructidor an III, etc., etc. Cons. M. Batbie, *Traité du droit administ.*, t. V, nos 329 et suiv.

[2] V. 5 septembre 1846, Dauzac.

[3] V. Cons. d'État : 23 juin 1841, le Menuet; 31 mai 1851, Duhamel; 3 juillet 1852, Veye et Villedieu; 20 avril 1854, ville de Nogent-sur-Seine; 14 décembre 1859, Richet; 22 novembre 1856, Lecourtois; 27 février 1861, Guérard, Deslouriers, etc., etc. M. Serrigny, *Compét. administr.*, t. II, no 321.

[4] V. Cass. 2 février 1852. D. P. 52, 1, 199.

Digitized by Google

les tribunaux et le Conseil d'État se sont trouvés en désaccord au sujet des conséquences de la délimitation administrative.

Ici trois systèmes se sont produits. Le premier, proposé par les tribunaux judiciaires, a rallié le suffrage de la Cour de cassation. Le second est soutenu avec énergie par l'administration. Le troisième paraît adopté définitivement par le Conseil d'État.

Nous allons exposer brièvement ces doctrines divergentes : nous exprimerons ensuite notre avis sur la valeur juridique de chacune d'elles.

C'est à l'autorité administrative, ont dit les tribunaux, qu'il appartient de fixer les limites du domaine public, de dire, au milieu des oscillations incessantes que produisent le caprice du flot et l'incertitude des courants, ce qui reste dans les dépendances du domaine public. A cet égard sa décision est souveraine. Les tribunaux s'y conformeront, lors même que cette décision en fixant la limite administrative aurait dépassé la hauteur exacte des rives naturelles du cours d'eau. Ils se garderont en conséquence de statuer sur les actions portées devant eux lorsqu'elles auront pour objet la revendication de terrains englobés dans la limite administrative. Tout ce qui sera au-dessous de cette limite sera désormais reconnu appartenir au domaine public. — Mais si la limite administrative est supérieure à la limite naturelle, si des terrains ayant véritablement le caractère d'alluvions sont, entre ces deux limites, émergés au-dessus des plus hautes eaux normales, pourquoi les tribunaux ne pourraient-ils pas accorder aux riverains une indemnité ? Si le droit à la propriété a disparu pour eux par l'effet de l'arrêté de délimitation, il n'a pu disparaître, comme au cas d'expropriation, que sous la réserve de cette indemnité, puisque la hauteur des terrains les rendait susceptibles d'appropriation privée et qu'à moins de dire qu'il appartient à l'administration de résoudre les questions de propriété, il faut bien laisser aux tribunaux le soin de concilier avec les exigences de l'intérêt public, satisfaites par la délimitation, celles non moins respectables du droit privé que consacrent si formellement des articles 556, 557 et suivants du Code Napoléon ?

Tel est le système. Formulé d'abord dans un arrêt de la

Digitized by Google

Cour de Lyon, en date du 11 février 1848 [1] il a été successiment adopté par les Cours de Dijon [2] et de Bourges [3] et il a recu la sanction suprême de la Cour de cassation à plusieurs reprises [4].

On a représenté ce système comme une conciliation entre la doctrine de la délimitation judiciaire et le système de la délimitation administrative, et comme établissant l'harmonie entre la doctrine du Conseil d'État et celle des tribunaux [5]. Mais l'illusion a dû être de courte durée.

L'administration n'a pas accepté la transaction que proposait l'autorité judiciaire. Elle n'a pas admis qu'il pût exister en dehors de la délimitation faite par ses agents une limite naturelle dont la recherche appartiendrait aux tribunaux. Sans doute, a-t-elle dit, le droit de l'administration s'exerce dans des vues d'utilité publique. C'est parce qu'elle est chargée de veiller à la sécurité des propriétés riveraines et aux besoins de la navigation qu'elle est armée du droit de fixer les limites du domaine public.—Mais on n'en doit pas conclure qu'elle puisse arbitrairement s'abstenir de tenir compte des faits naturels et fixer au point qui lui convient la ligne séparative du domaine public et de la propriété privée. Nullement. La règle pour l'administration comme pour les tribunaux, c'est la règle du droit romain, règle consacrée par la législation moderne et l'assentiment unanime, qui arrête le domaine public à la hauteur des plus hautes eaux sans débordement. Tel est le devoir strict, rigoureux de l'administration, devoir auquel le Conseil d'État ne manque jamais de la rappeler par la voie de l'annulation pour excès de pouvoirs, toutes les fois qu'il résulte de l'instruction du recours contre l'arrêté de délimitation, que les ingénieurs ont fixé la hauteur des eaux à un point supérieur à la limite naturelle [6].—Les exigences de l'intérêt public ne sau-

[1] Voy. S. V. 49, 2, 369; D. P. 49, 2, 148; aff. *Combaloa*.

[2] 15 mai 1863, D. P. 63, 2, 167.

[3] Bourges, 8 juillet 1863.

[4] V. Req. 23 mai 1849, D. P. 50, 1, 313; 3 février 1862, D. P. 52, 1, 199; 20 mai 1862, D. P. 63, 1, 230; ch. civ., 21 mai 1865, D. P. 66, 1, 113; 14 mai 1866, D. P. 66, 1, 394.

[5] V. notes de l'arrêtiste, D. P. 62, 1, 230.

[6] V. 22 mai 1850, des Lattes; 11 août 1859, Revel; 13 mai 1861, Coquard; 16 août 1861, Revel; 12 juillet 1864, Richet; 6 juillet 1865, Menard, etc., etc. Cons. M. Batbie, *Droit adm.*, t. VII, n° 330.

Digitized by Google

raient jamais le lui faire oublier, d'autant mieux qu'elle a à son service le pouvoir d'exproprier pour cause d'utilité publique tous les terrains qui, au-dessus de la limite naturelle du fleuve, sont nécessaires à la satisfaction des besoins publics. Les tribunaux n'ont donc pas, lorsque la délimitation a été faite, à intervenir au profit des riverains dépossédés, même uniquement dans le but de fixer une indemnité. La délimitation administrative est la preuve légale, absolue, de la domanialité des terrains situés au-dessous de la ligne tracée par elle. Il ne reste aux riverains rien à demander à l'autorité judiciaire, puisqu'il s'agit désormais de terrains reconnus imprescriptibles et inconcessibles. Aucun droit n'a pu légalement s'asseoir sur eux. La dépossession des riverains est absolue. Non-seulement la propriété leur échappe et la revendication en est impossible, mais le droit même à une indemnité disparaît; car ce droit présuppose l'existence antérieure d'une propriété constituée dans les termes du droit commun, et précisément l'arrêté de délimitation anéantit toute possession utile aussi bien dans le passé que dans le présent, en fixant la limite au-dessous de laquelle commence et s'étend le domaine public [1].

Telles ont été les prétentions de l'autorité administrative, il nous reste à montrer dans quelle mesure elles ont été accueillies par le Conseil d'État.

Le Conseil d'État ne s'est pas rangé franchement à l'un ou à l'autre des systèmes rivaux entre lesquels il avait à dire le dernier mot. Il n'a pas admis, avec les tribunaux judiciaires, la doctrine de la limite naturelle opposée à la limite administrative; mais il n'a pas voulu non plus que, dans tous les cas, la propriété privée fût sacrifiée sans indemnité aux exigences de l'intérêt public. Le Conseil a fait une distinction que l'on trouve nettement formulée dans les conclusions des commissaires du gouvernement. « Ou bien, disait M. Lhôpital en 1860[2], l'autorité administrative détermine la consistance du domaine public dans le présent seulement et dans l'état actuel, et alors tous les droits sont conservés aux tiers pour réclamer devant qui de droit une indemnité pour la privation

[1] V. conclus. de M. Baroche, commissaire du gouvernement, aff. *David*, 7 août 1856; avis du ministre des finances, 22 novembre 1851, aff. *Roger*.

[2] V. Cons. d'État, 2 août 1860, Mazeline, D. P. 61, 3, 49.

Digitized by Google

qu'ils subiraient d'une propriété justifiée entre leurs mains tant que le terrain a été susceptible de propriété privée ; ou bien l'autorité administrative délimite, pour le passé comme pour le présent, en déclarant que le terrain litigieux a toujours fait partie du domaine public. Dans ce cas même il ne serait pas impossible de prévoir des hypothèses dans lesquelles la délimitation du domaine public laisserait subsister les droits des tiers, comme par exemple si l'on justifiait d'un acte de vente nationale duquel il résultât que des particuliers auraient acquis partie des terrains compris dans les limites fixées par l'administration ; alors le principe de l'inaliénabilité céderait devant le principe de l'inviolabilité des ventes nationales, et même ce ne serait plus une indemnité que les réclamants pourraient obtenir, ce serait le terrain lui-même dont la propriété devrait leur être maintenue, sauf, bien entendu, pour l'administration la faculté d'exproprier. — En dehors de ces hypothèses, la déclaration que le terrain litigieux a toujours fait partie des dépendances du domaine public équivaudrait à une dénégation du droit à une indemnité. — Mais ici se présente le remède extrême du recours pour excès de pouvoirs, et les parties sont assurées que le Conseil d'État examinera toujours de très-près si, sous prétexte de délimitation du domaine public, on n'a pas été jusqu'à usurper sur la propriété privée. »

Le 15 décembre 1866, M. Aucoc reproduisait cette doctrine devant le Conseil d'État presque dans les mêmes termes. « Le domaine public est inaliénable et imprescriptible : la seule déclaration que les limites de la route, du fleuve, de la mer doivent être fixées suivant telle ligne, suffirait-elle pour faire tomber tous les droits de propriété?

« Ici vous avez distingué et vous avez dit :

« La solution de la question dépend de savoir si l'administration a délimité pour le présent ou pour le passé.

« Quand l'administration fixe pour le présent les limites d'un fleuve, les limites de la mer, elle se borne à constater un fait qui, de son essence, est variable. Les eaux du fleuve, de la mer, ont leurs caprices. Ce qui est vrai aujourd'hui pouvait ne pas l'être il y a quelques années. Il est possible que des droits se soient constitués sur un terrain actuellement compris dans les limites du domaine public : la délimitation ne doit

Digitized by Google

pas faire obstacle à ce que ces droits soient reconnus : ils le seront par l'autorité judiciaire. Seulement cette reconnaissance des droits ne donnera pas lieu à un maintien en possession : elle ne pourra aboutir qu'à la liquidation d'une indemnité...

« Maintenant, quand la reconnaissance des limites est faite, tant pour le passé que pour le présent, la solution n'est plus tout à fait la même.

« L'administration a également le droit de reconnaître les limites anciennes d'un fleuve, de la mer, de dire que de tout temps telle portion de terrain a fait partie du lit du fleuve, du rivage de la mer... Mais ici la reconnaissance étant faite dans le passé, il devient impossible au propriétaire d'établir sa propriété devant l'autorité judiciaire, à moins qu'il ne justifie que des droits lui ont été constitués avant l'époque où le domaine public est devenu imprescriptible, en vertu de l'ordonnance de février 1566, ou bien qu'ils lui ont été conférés par des ventes nationales.

« Seulement si les propriétaires n'ont plus, dans ce dernier cas, la ressource d'obtenir une indemnité de l'autorité judiciaire, ils ont un recours devant vous par la voie contentieuse pour faire tomber l'arrêté qui aurait, par une délimitation inexacte, compris à tort leur propriété dans le domaine public... »

Si de ces conclusions on rapproche les arrêts du Conseil d'État, on voit qu'elles sont l'expression parfaitement exacte de sa propre pensée. Tantôt, en effet, on lui voit réserver à l'autorité judiciaire la fixation de l'indemnité due au riverain; tantôt, au contraire, il décide que la délimitation embrassant le passé comme le présent, le riverain est entièrement, absolument dépossédé.

Il paraît inutile de corroborer cette assertion par des exemples. Les arrêts que nous avons cités en fournissent de fort nombreux, auxquels le lecteur peut se reporter.

Voilà donc les trois systèmes en présence.

Auquel de ces trois systèmes faut-il donner la préférence? Nous n'hésitons pas, pour notre part, à considérer comme seul vrai, comme seul conforme à la loi celui que la Cour de cassation et les tribunaux judiciaires ont consacré.

Certes, la doctrine absolue, radicale de l'administration séduit par son apparente logique. Si la délimitation adminis-

Digitized by Google

trative n'est, en effet, que la reconnaissance légale de la limite naturelle, il semble qu'il n'y ait plus de place à l'action des tribunaux. Que peuvent-ils avoir à faire en présence d'une décision qui, erronée ou non en fait, fixe souverainement la consistance du domaine public? Les possessions anciennes, les concessions mêmes de l'autorité suprême ne disparaissent-elles pas devant le fait acquis, constaté de la hauteur des eaux? Il est possible que le domaine public n'ait fait que reconquérir ce qu'il avait perdu. Mais de même que lorsqu'il décroît, l'État n'a pas à demander d'indemnité aux riverains, de même, lorsqu'il s'accroît, c'est, par une compensation nécessaire, aux dépens des fonds privés. Tout disparaît à la fois, possession, titres, concessions souveraines, devant le fait brutal, invincible de l'action du fleuve. Il n'y a donc rien à juger entre le riverain et le domaine public, rien à accorder au premier, pas même une indemnité!

Le vice de ce système n'est pas, on le voit, dans les rigueurs déductives; mais la doctrine pêche par la base. — Comment reconnaître, en effet, à l'autorité administrative, même contrôlée par le Conseil d'État au point de vue de l'excès de pouvoir, le droit de trancher souverainement la question de propriété que la délimitation soulève? — Certes, si la limite fixée par les agents de l'administration était toujours la limite vraie, toute objection tomberait. Mais qui décidera de cette conformité? L'administration active? Cela ne lui est pas possible sans un empiétement évident sur les attributions de l'autorité judiciaire, juge unique des questions de propriété. Le Conseil d'État saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir? Sans doute, il appartient au conseil d'État de réprimer de pareils empiétements; mais son action n'est pas exclusive de celle des tribunaux en tant que ceux-ci, sans contester l'effet attributif de la délimitation, se contentent de statuer sur des droits acquis et de prononcer uniquement sur les questions d'indemnités que la dépossession fait naître.— N'est-ce pas ainsi qu'on procède d'ordinaire au partage des attributions respectives des tribunaux et de l'administration, par exemple, en matière de chemins vicinaux? Est-ce que la déclaration du préfet touchant la vicinalité du chemin ne laisse pas subsister le droit à indemnité au profit du propriétaire dépossédé? Pourquoi n'en serait-il pas de même ici? Les situations sont identiques : à

Digitized by Google

défaut de règle spéciale écrite dans la loi, toutes les analogies conduisent à la même solution.

Aussi le Conseil d'État, pour n'avoir pas voulu adopter cette règle si simple, est-il tombé dans des inconséquences manifestes.

Le Conseil d'État, en effet, reconnaît à la délimitation administrative ce caractère de vérité souveraine et incontestable qui sert de base au système de l'administration. Pour le Conseil d'État, comme pour celle-ci, la limite administrative se confond toujours avec la limite naturelle. Il refuse donc aux tribunaux le droit de rechercher si la limite naturelle n'est pas inférieure à la première. Mais ces prémisses posées, il admet néanmoins le recours aux tribunaux pour les cas spéciaux, tels que l'existence de possessions anciennement acquises, de concessions émanées de l'autorité souveraine, ou de ventes nationales, etc., etc. — Or nous croyons qu'un tel système, tout équitable qu'il soit, quelques soient les ménagements dont il témoigne envers la propriété privée, est juridiquement et légalement insoutenable. Nous croyons qu'après avoir fait la part de l'administration trop grande, il la fait ensuite trop petite, de sorte qu'il ne s'est pas contenté de poser un principe faux : il en a tiré des conséquences que ce principe ne comportait pas, avec lesquelles même il est en complète contradiction.

Il nous sera facile de justifier cette proposition en empruntant aux conclusions de M. Aucoc, dont nous avons déjà cité un fragment, les motifs mêmes à l'aide desquels il prétend justifier la jurisprudence du Conseil d'État.

« Assurément, disait M. Aucoc, on pourrait dire que l'administration se bornant à constater un fait, à reconnaître le lit que s'est créé le fleuve, le rivage que s'est créé la mer, l'État n'a pas d'indemnité à donner aux propriétaires de terrains qui se trouvent envahis par les eaux, et c'est ce qui se passera ordinairement. Toutefois, ce qui vous a sans doute déterminé à réserver ainsi les droits à indemnité, c'est que la limite du rivage de la mer et celle du lit du fleuve constituent en quelque sorte un maximum dans lequel les eaux se meuvent et qu'elles atteignent rarement dans le cours de l'année: en sorte que le plus souvent les terrains qui atteignent cette

Digitized by Google

limite ne sont presque jamais occupés par le service public. Il peut donc sembler équitable que, dans le cas où l'administration exige le maximum de ses droits, elle indemnise les propriétaires dépossédés, non pas par elle, mais par les eaux, surtout si ces propriétaires tiennent leurs droits de concessions anciennes émanées de l'administration elle-même. Au surplus, vous n'avez pas reconnu le droit à l'indemnité, vous l'avez réservé et l'autorité judiciaire reste juge de la question. »

Ainsi, c'est un pur motif d'équité que l'on oppose au droit strict, rigoureux, résultant des textes les plus précis et les plus formels! C'est parce qu'il serait injuste de faire profiter le domaine public de fonds autrefois concédés par l'administration elle-même, qu'il faut reconnaître aux riverains un droit à une indemnité et leur permettre de saisir les tribunaux!

Nous ne craignons pas de le dire, une pareille thèse est contraire aux plus saines notions du droit. D'après les principes universellement acceptés, c'est la nature seule qui produit l'inconsistance de la propriété riveraine. Ici la possession ancienne, les titres privés, les concessions mêmes de l'administration deviennent sans valeur le jour où le fleuve reconquiert ce qu'il avait jadis abandonné! Qu'importe qu'il se meuve dans des limites plus ou moins larges et qu'il atteigne plus ou moins fréquemment le maximum nécessaire à son plein écoulement? La propriété qui dépasse ce maximum est une propriété privée. Au-dessous, le domaine public reprend son empire, et du jour au lendemain le caprice des eaux transforme et fait disparaître les droits privés.

Cette dépossession fatale, invincible, ne subit même pas d'exception dans le cas où, la délimitation ayant été faite dans le passé, le riverain se prévaut d'une concession antérieure à 1566. A cette époque, il est vrai, le domaine public était considéré, sinon en droit, du moins en fait, comme aliénable par l'autorité suprême, et les ordonnances de 1566, de 1669 et autres ont déclaré vouloir respecter les aliénations dont la date remonte à ces temps anciens. S'ensuit-il, néanmoins, que le propriétaire dépossédé par le changement des eaux puise, dans son titre originaire, un droit à une indemnité? — De même, s'il tient ses droits d'une vente nationale postérieure à 1566, même à une époque où les terrains aliénés dépassaient la hauteur normale des plus hautes eaux,

Digitized by Google

est-ce que cette vente peut servir de fondement à une action devant les tribunaux pour obtenir le renvoi en possession, ou même pour obtenir le payement d'une juste indemnité ?

Refuser en pareil cas, toute action judiciaire au propriétaire évincé par le fait des eaux, semble assurément contraire à l'équité. Mais, dans le système du Conseil d'Etat, et si l'on admet avec lui que la reconnaissance des limites fixées par l'autorité administrative, s'impose aux tribunaux comme l'expression exacte des faits naturels, même à l'égard des intérêts privés, je demande quelle pourrait être la base juridique d'un recours quelconque à l'autorité judiciaire ?

L'État est vendeur, dit-on ; donc il doit garantie. — C'est une erreur. Je comprends le raisonnement, lorsqu'il s'agit d'une expropriation nécessitée par un travail d'utilité publique. Ainsi, lorsqu'une usine concédée avant 1566 sur un cours d'eau navigable voit sa force motrice ou ses bâtiments supprimés dans un intérêt général de navigation, l'État doit une indemnité aux successeurs du concessionnaire primitif. La propriété a été transmise sur la foi des traités. Un droit absolu s'est assis sur l'usine concédée : il s'est perpétué de génération en génération : l'État vendeur, sous le prétexte de l'inaliénabilité actuelle du domaine public, ne peut pas, alors surtout qu'il est l'auteur de la concession originaire, supprimer sans indemnité des droits irrévocablement acquis [1].

La situation est ici toute différente. Sans doute l'État, concessionnaire ou vendeur, est encore tenu à garantie. Mais pour quels faits ? Le droit commun fournit la réponse. Le vendeur n'est tenu que de ses faits personnels ; il n'est pas tenu des conséquences de la force majeure ou des vices apparents de la chose vendue. Or le voisinage d'un cours d'eau navigable, s'il présente des avantages, a aussi des inconvénients graves pour les riverains. Les changements qu'il occasionne dans la consistance de la propriété riveraine est un vice connu de tous et dont l'acheteur a dû se rendre compte au moment du contrat. Qui d'ailleurs produit cette instabilité ? Est-ce, comme dans le cas de travaux publics, le fait même de l'administration ? Nullement. C'est un fait naturel, irrésistible, rangé de tout temps dans la catégorie des cas de force majeure. A quel titre donc

[1] Voy. notre *Traité des travaux publics*, t. II, nos 262 et s.

Digitized by Google

et sous quel prétexte viendrait-on ici invoquer la garantie de l'État?

La doctrine du Conseil d'État, telle qu'elle est formulée dans les conclusions du commissaire des gouvernements, est donc en opposition formelle avec ses propres prémisses. Il est évident qu'après avoir proclamé l'infaillibilité de la délimitation administrative, le Conseil a refusé de consacrer toutes les conséquences de ce principe et qu'il s'est efforcé de conjurer ces conséquences à l'aide de distinctions dont aucune ne résiste à un examen sérieux.

Il faudra donc revenir un jour ou l'autre à la doctrine de l'autorité judiciaire qui, sur ce point spécial, nous paraît s'être montrée meilleur juge que le Conseil d'État du droit et des intérêts véritables de l'administration.

En conservant aux propriétaires dépossédés par la délimitation administrative un recours devant la justice ordinaire pour faire fixer leur droit à une indemnité de dépossession, elle assimile l'arrêté de délimitation à un véritable décret d'utilité publique.— Pour elle, cet arrêté est non pas la déclaration même des droits réels et de l'étendue naturelle du domaine public, mais la constatation de ses besoins faite par l'autorité qui a souveraine compétence pour dire quelle doit être, eu égard au débit normal des eaux, l'étendue qu'il convient d'affecter au service de la navigation ou de maintenir pour la défense des propriétés riveraines. Ce droit souverain ainsi sauvegardé, reste l'intérêt privé, auquel toute satisfaction est donnée par l'application pure et simple des règles et des principes du droit commun.

Certes, si l'on ne considère que les résultats généraux des doctrines en présence, on peut admettre que les inconséquences juridiques du Conseil d'État sont plus favorables, en somme, à la propriété privée que le système judiciaire. Par la voie de l'annulation pour excès de pouvoirs, le Conseil d'État met parfois à néant des délimitations que non-seulement l'autorité judiciaire serait forcée de respecter, mais dont il lui faudrait consacrer les effets les plus dommageables pour les riverains. Nul doute, par exemple, que l'autorité judiciaire ne fût fondée à refuser toute indemnité au concessionnaire d'un terrain reconquis par le fleuve, tandis que le Conseil d'État réserve et maintient, par l'annulation de l'acte délimi-

Digitized by Google

tatif, les droits du concessionnaire. Mais les jurisprudences durables se fondent sur la loi seule, et non pas sur une prétendue conciliation de la justice et du droit. Si cette conciliation est chose louable en elle-même, encore faut-il qu'elle soit possible. Autrement elle n'est rien moins que l'arbitraire, et la justice administrative, autant, si ce n'est plus, que la justice civile, n'a pas d'ennemi plus redoutable.

L'examen trop sommaire que nous venons de faire de cette question spéciale montre combien la législation sur ce point est incomplète et défectueuse. Il faut espérer que le projet de Code rural, tant de fois annoncé, contiendra à cet égard des dispositions nouvelles dont l'absence se fait sentir au grand dommage des intérêts immenses engagés dans ces questions. Il faut espérer aussi que ces dispositions seront conçues dans un esprit plus équitable que la législation actuelle et qu'après avoir maintenu les prérogatives administratives en ce qu'elles ont d'essentiel, elles feront à la propriété privée la part qu'on ne lui retranche jamais sans péril pour l'intérêt général.

ALBERT CHRISTOPHLE.

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1].

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite et fin.*)

214. Il est difficile de méconnaître que cette critique a quelque chose de fondé; et l'on s'explique bien que des auteurs aient été amenés à voir dans le cas prévu aux articles 703 et 704 l'institution d'un délai préfix. M. Demolombe, qui repousse ce système, n'est pas éloigné de concéder que ces articles sont inutiles, et il ne leur trouve d'autre but que celui de constater la réalité du droit dans une de ses conséquences[2]. Nous avons peine à croire que le législateur ait songé à constater positivement cette nature du droit de ser-

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440; t. XXXI, p. 112 et 131, 521 et 539; t. XXXII, p. 12, 146, 201 et 331.

[2] V. t. II, nos 971 et 979.

Digitized by Google

vitude, qui n'a jamais été l'objet du moindre doute. Voilà plutôt, si nous ne nous trompons, comment ont été introduites dans notre Code ces dispositions, dont l'utilité est problématique pour tant d'esprits. Quand il se produit un obstacle invincible à l'exercice de la servitude, par suite d'un changement dans l'état des immeubles, on pourrait être tenté de dire que la servitude est immédiatement anéantie. Si la source où j'avais le droit de puiser de l'eau s'est tarie, si le mur sur lequel j'appuyais mes poutres s'écroule de vétusté, ou est consumé par un incendie, l'un des éléments nécessaires pour l'intelligence de la servitude fait défaut, et il semble que dès à présent il serait permis de la considérer comme éteinte. En raisonnant de la sorte, on doit ouvrir un mode particulier d'extinction, tenant à des événements de force majeure. C'est ainsi que procédaient autrefois les auteurs, notamment Lalaure, qui dans son chapitre XII, livre I, où il traite de la perte des servitudes, pose une cinquième distinction, sous cette rubrique : *De la libération de la servitude par la ruine de la chose qui la doit, ou de celle à laquelle elle est due.* Il n'y avait là néanmoins qu'une apparence trompeuse; on confondait, nous l'avons déjà fait observer, la suspension du droit avec son extinction. L'avenir était, en effet, pleinement réservé; l'espérance de la résurrection de la servitude était généralement admise d'une façon illimitée. Peut-être un jour l'état de choses qui condamnait le droit à l'inaction disparaîtra-t-il; dès lors, la prétention à la servitude reprenait force et vigueur. La servitude n'était donc pas morte; elle sommeillait seulement; elle subsistait toujours, comme possible *in futurum*, comme éventuelle, à l'état de droit conditionnel, si des circonstances nouvelles lui permettaient de se remettre en exercice. En attendant, le laps de temps ne pouvait rien contre elle; le jeu de la prescription était écarté; et Lalaure enseignait[1] : « *que si la source venait à renaître, même après le temps « nécessaire pour opérer la prescription, la servitude serait ré- « tablie sans qu'on pût opposer le défaut de jouissance.* » Telle était également la doctrine professée par Domat[2].

215. En définitive, l'*interitus rei* n'était efficace qu'autant

[1] *Loc. cit.*, p. 77.
[2] *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 1.

Digitized by Google

qu'il durait; il n'empêchait pas la menace de la servitude de rester constamment pendante. Cependant l'incertitude indéfinie qu'entraînait cette indulgence pour l'avenir de la servitude avait déjà été signalée dans l'ancienne jurisprudence; et Lalaure écrivait[1], à l'occasion de l'inondation du terrain servant d'assiette à un passage : « *que si le débordement durait « plus que le temps fixé pour opérer la prescription, il serait « plus prudent de former sa demande contre le propriétaire de « l'héritage asservi, en renouvellement du titre, lequel il ne pour- « rait refuser.* » Les mêmes considérations avaient frappé l'esprit des auteurs du projet de code civil, et ils avaient cru devoir limiter à un espace de dix années la possibilité de la résurrection de la servitude. De là une inconséquence, consistant à laisser inoffensive pendant trente ans la négligence de celui qui pouvant user de la servitude n'en avait pas tiré profit, tandis que celui qui était réduit par force majeure à l'impossibilité de jouir subissait au bout de dix années la déchéance de son droit. La contradiction fut relevée par le tribunal d'appel de Grenoble, qui proposa de décider que, au cas de changement dans l'état des lieux, la servitude serait susceptible d'être rétablie lors de la disparition de l'obstacle, sous cette réserve : « *à moins qu'il ne se soit écoulé trente ans de non-usage.* » Il fut fait droit à cette observation; et l'article 704 exigea pour l'extinction de la servitude *interitu rei* le même délai qu'au cas de non-usage. Toutefois, par un renvoi malencontreux à l'article 707, les rédacteurs du Code semblent encore avoir voulu distinguer en cette matière les servitudes continues et discontinues, comme s'il pouvait être question d'un acte contraire à la servitude, quand les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

216. Dans le système consacré par le Code, le changement de l'état des lieux, à la suite duquel est rendu impossible l'exercice de la servitude, n'est pas en lui-même un mode d'extinction du droit; il est simplement un accident dont l'effet est de mettre en jeu un autre mode d'extinction, le non-usage auquel il ouvre la voie, et dont il fixe avec certitude le point de départ. Que le non-usage en pareil cas ne soit pas privé de la force qui lui appartient, malgré l'impuissance in-

[1] Page 78.

Digitized by Google

vincible à laquelle est condamné le propriétaire du fonds dominant, c'est ce qui ne saurait être révoqué en doute, puisque le projet admettait d'abord la perte du droit au bout de dix années seulement. La prescription extinctive courra donc tout aussi bien que si la faculté d'user existait, et qu'elle n'eût pas été mise en pratique. Mais, d'un autre côté, les causes ordinaires, qui font obstacle à la prescription, doivent également recevoir ici leur application. On pourrait même faire observer que la ressource d'une action en reconnaissance de la servitude est indispensable pour celui qui doit subir des événements de force majeure, qui ne peut se procurer la jouissance effective de son droit. Là, au contraire, où le propriétaire du fonds dominant est libre d'user à son gré, on ne conçoit guère la concession d'une pareille action, puisqu'il n'en a nul besoin.

217. Est-il possible maintenant de donner un sens raisonnable à la réserve écrite dans l'article 704 à l'occasion des servitudes continues, réserve suivant laquelle le temps de la prescription ne commencerait à courir que postérieurement à un acte contraire à la servitude? Prenons l'hypothèse la plus fréquente, qui amènera un état de choses tel qu'on ne puisse plus user de la servitude; nous voulons parler de la destruction des édifices intéressés dans un rapport de servitude. L'article 665 règle ce cas, en y appliquant la doctrine déjà admise dans le droit romain, doctrine qui considère les bâtiments reconstruits comme tenant lieu des bâtiments primitifs[1]. Il y met seulement cette condition qu'entre la démolition et la réédification il ne se soit pas écoulé un espace de temps suffisant pour l'acquisition de la prescription.

218. Voilà une maison qui jouissait de vues sur l'héritage contigu, ou qui avait le droit de prendre un appui sur les constructions du voisin. La maison au profit de laquelle existaient les vues a disparu, ou le même fait s'est produit pour la maison grevée du *jus tigni immittendi*. Pas de difficulté, si le propriétaire des bâtiments dominants les a démolis, ou si le

[1] V. l. 20, § 2, D., *De serv. præd. urb.* « *Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit ut* IDEM *intelligatur*.....

Digitized by Google

propriétaire du fonds servant en a fait autant pour ses bâtiments. Nous rencontrons ici un acte contraire à la servitude; et l'on sait qu'aujourd'hui cet acte peut émaner indifféremment de l'un ou de l'autre des propriétaires. Que trente ans s'écoulent pendant lesquels durera cette situation, il est incontestable que la servitude sera éteinte. Mais supposons que la maison, qui avait des droits de vue, a été consumée par un incendie, que le même accident a atteint la maison grevée, ou que celle-ci s'est écroulée de vétusté : on ne peut pas dire alors qu'il y a eu un acte contraire, puisque aucun fait de l'intervention humaine n'est venu apporter obstacle à la servitude. Faudra-t-il donc décider que l'héritage assujetti restera indéfiniment sous le coup de la servitude, que celle-ci devra rentrer en exercice, quelque éloignée que puisse être l'époque où reparaîtront des constructions? Ce serait évidemment s'écarter de l'article 665, d'après lequel la reconstruction n'emporte le rétablissement des anciennes servitudes qu'autant qu'elle survient avant l'acquisition de la prescription. Aussi M. Demolombe [1] abandonne-t-il ici la nécessité d'un acte contraire, et reconnaît la vertu du non-usage, isolément de ce préalable. Notez cependant qu'un acte contraire ne serait pas toujours impraticable; ainsi le propriétaire du fonds grevé de droits de vue aurait pu bâtir sur son terrain et le soustraire à l'exercice futur de la servitude. On convient néanmoins qu'il n'est astreint à rien faire, et qu'il se trouvera libéré au bout de trente ans, par cela seul qu'il y aura eu défaut de jouissance de la servitude pendant le temps voulu pour l'accomplissement de la prescription.

219. Selon une observation de M. Demolombe [2]: « *Si un acte contraire à l'exercice de la servitude continue est exigé pour que la prescription par le non-usage commence, c'est uniquement pour que le non-usage lui-même commence.* » — On ne peut mieux constater l'efficacité propre dont est doué le non-usage. Rien de plus raisonnable assurément que de condamner à périr des servitudes dont l'inutilité est attestée par trente ans de non-exercice. Pourquoi donc ne pas se contenter toujours de trente ans d'inaction? En tenant compte du

[1] V. t. II, nos 980.
[2] *Loc. cit.*

Digitized by Google

motif indiqué par le savant doyen de la Faculté de Caen, voici comment se justifierait une différence. A la suite des événements fortuits, en vue desquels a été conçu l'article 703, événements dont la date rigoureuse est facile à fixer, il n'y a aucun embarras pour déterminer le moment initial de la prescription; en dehors de l'hypothèse de l'*interitus rei*, l'utilité d'un acte contraire à la servitude consisterait à faire apparaître l'instant précis auquel doit s'ouvrir le cours des trente ans, quand cet instant n'est pas fourni par des accidents de force majeure. En réalité, cela reviendrait à dire qu'il faut se défier de la sagacité du juge. Si telle avait été la pensée du législateur, il aurait obéi ici aux mêmes inspirations qui l'ont porté à régler d'avance pour quelle espèce de servitudes la possession serait, d'une façon générale, utile ou non pour les acquérir par la prescription. Nous ne pouvons croire que la distinction de l'article 707 doive être appliquée de la sorte. Nous y voyons plutôt un vestige de l'ancien système qui requérait pour certaines servitudes l'usucapion de la liberté, et nous persistons à penser que cette exigence n'est pas en harmonie avec la doctrine moderne qui pousse jusqu'à trente années le délai de la prescription extinctive, délai que les causes fréquentes de suspension prolongeront souvent bien au delà.

220. En matière de servitudes continues et apparentes, qui exigent tels ou tels travaux, il n'est pas téméraire d'affirmer que, partout où il se sera écoulé trente ans de non-usage, il a dû y avoir autrefois quelque acte contraire, dont la trace s'est perdue au bout d'un si longtemps, de sorte qu'il serait difficile d'en retrouver exactement l'époque. Nous ne voyons pas que, dans la pratique des affaires, le défaut de cet acte contraire ait permis à de pareilles servitudes de se réveiller après avoir sommeillé pendant plus de trente années. Les faits réels ne se prêtent pas sans doute à cette hypothèse : une servitude continue et apparente est demeurée trente ans au moins sans être exercée une seule fois, et cependant nul obstacle n'a été apporté au jeu de la servitude. Ce n'est guère qu'à l'état de théorie qu'on peut concevoir une servitude continue et apparente, sur laquelle auraient pesé trente ans de non-usage, et qui serait sauvée de sa perte, grâce à l'absence d'un acte

Digitized by Google

contraire. Nous avons toutefois essayé de démontrer qu'il y avait telle servitude de cette espèce, à l'occasion de laquelle la doctrine légale présenterait des inconvénients, en permettant d'autoriser la remise en action de la servitude à raison de quelques vestiges encore permanents d'un état de choses fort ancien. A notre gré, le parti le plus simple serait de s'en tenir à la condition du simple non-usage; c'est ce que fait le législateur lui-même, quand il ne peut pas y avoir doute sur ce point que la servitude n'a pas été exercée pendant trente ans, ainsi qu'il appert de l'article 665. Telle devrait être la règle uniforme, sauf au juge à rechercher si, en réalité, la condition de non-usage a bien persévéré durant tout le temps exigé pour la prescription.

221. Nous terminerons notre examen critique des dispositions du Code, en recherchant si l'efficacité du non-usage, abstraction faite du préalable d'un acte contraire, peut trouver application à l'égard des servitudes continues non apparentes. Il s'agit de ces servitudes, qui ont été qualifiées *in prohibendo*, que l'on appelle aussi négatives, qui imposent seulement au propriétaire du fonds servant la nécessité de s'abstenir de tel ou tel mode d'exercice de sa propriété. De son côté, le propriétaire du fonds dominant n'est pas autorisé à agir sur l'héritage d'autrui, à y entreprendre un fait ou une œuvre quelconque. Il semble dès lors que le non-usage ne se conçoit pas, puisque le bénéficiaire du droit le possède sans avoir besoin de déployer aucune activité. La servitude consistant dans une interdiction qui pèse sur le fonds grevé, la jouissance de la servitude résulte de la conformité de l'état des lieux à cette interdiction. Ce ne pourrait être, par conséquent, qu'au moyen d'une contravention à la prohibition réglée que la jouissance cesserait; d'où cette conclusion qu'il ne saurait être question d'une prescription extinctive par le non-usage tant qu'un acte contraire à la servitude ne s'est pas produit.

222. En vain supposerait-on qu'il s'est écoulé un temps supérieur au plus long délai de la prescription depuis que le rapport de servitude a été créé. L'abstention du fait qui est défendu, tant qu'elle subsiste, maintient en exercice la servitude, à raison seulement de la durée de cet état négatif[1]. L'an-

[1] Une contradiction à la servitude serait impuissante pour ouvrir la voie

Digitized by Google

cienne et la nouvelle jurisprudence nous offrent à cet égard des documents très-positifs. Lalaure (p. 64) cite un arrêt du parlement de Rouen, du 1er juin 1680, *au sujet d'un droit de servitude réservé, de ne pouvoir bâtir d'écurie, quoiqu'il y eût plus de cent ans, et que ce fût un tiers acquéreur de la maison qui eût fait bâtir l'écurie.* La Cour de Metz, par un arrêt assez récent, du 1er juin 1866[1], faisant application d'un titre qui remontait à plus d'un siècle, a décidé que les possesseurs actuels d'un terrain aliéné en 1754, avec défense de pratiquer aucune ouverture quelconque sur un terrain conservé par le vendeur, se trouvaient toujours sous le coup de cette servitude prohibitive.

223. Il y a assurément dans cette situation quelque chose de fort grave. La permanence indéfinie d'une servitude, qui ne se révèle par aucun signe, peut devenir très-préjudiciable pour les acquéreurs du fonds grevé, auxquels rien ne fait soupçonner l'existence d'une charge, dont l'origine sera peut-être extrêmement ancienne. Il est vrai que, depuis la loi du 23 mars 1855, ce danger a été écarté dans l'avenir par la nécessité de la transcription à laquelle sont soumis dorénavant les actes constitutifs de servitudes pour être opposables aux tiers. Si des auteurs ont pu critiquer l'utilité de l'extension de cette formalité en ce qui concerne les servitudes apparentes, que la loi répute suffisamment connues par l'inspection des lieux, de telle sorte que l'article 1638 dispense à cette occasion le vendeur de toute garantie, le besoin de la transcription se justifie parfaitement à l'égard des servitudes non apparentes. Toutefois comme la législation nouvelle respecte les actes ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856, on comprend que l'inconvénient signalé tout à l'heure n'est pas à la veille de disparaître.

224. Faut-il donc admettre que, du moins pour les servi-

à la prescription, si le propriétaire du fonds assujetti se bornait à signifier au voisin qu'il ne reconnaît pas l'existence de la servitude, sans faire vérifier par la justice la légitimité de cette prétention, en intentant une action négatoire dans laquelle il triompherait. Une notification extrajudiciaire ne troublerait en rien la possession de l'adversaire, possession qui resterait aussi complète après cette menace qu'elle l'était auparavant.

[1] V. Dalloz, année 1866, 2e partie, p. 150.

Digitized by Google

tudes prohibitives, le non-usage ne saurait se comprendre en l'absence d'un acte contraire, et que dès lors ici la prescription extinctive ne peut commencer à courir, si cette condition préalable fait défaut? Nous croyons qu'il n'est pas impossible de séparer ces deux idées; et nous en trouvons un exemple, sauf erreur de notre part, dans une hypothèse traitée par les jurisconsultes romains, hypothèse reproduite dans les écrits de nos auteurs français. Nous voulons faire allusion à ce qui est prévu dans la loi 4, § 8, *in fine*, 5 et 6, *pr.* D. *si serv. vindic.* Le premier de ces textes reconnaît la possibilité de constituer une servitude *in prohibendo*, d'après laquelle le propriétaire d'un terrain devrait s'abstenir de bâtir en faveur d'une maison non contiguë au terrain grevé, dont elle serait séparée par un héritage appartenant à un tiers, héritage qui reste à l'état de liberté. *Hæc servitus* (*altius non tollendi*), dit Ulpien, l. 4, § 8, *et ei qui ulteriores ædes habet deberi poterit.* Peu importe, fait observer Paul, dans la loi 5, que le propriétaire intermédiaire ait la faculté de bâtir; la servitude créée n'en est pas moins utile tant qu'il plaira à ce propriétaire de ne point user de cette faculté : *Quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis.* Cependant la jouissance de la servitude ainsi constituée est précaire; elle dépend de la conduite que tiendra le propriétaire intermédiaire. Du jour, en effet, où celui-ci, en construisant, masquerait la vue sur le fonds assujetti, la servitude sera réduite à l'impuissance d'exercice. Or voici que cet événement se réalise. Désormais, suivant Ulpien, l. 6, *pr.* Titius, propriétaire du fonds grevé, aura lui-même la faculté de bâtir, sans que le propriétaire du fonds dominant puisse s'y opposer; car les constructions de Titius sont inoffensives pour créer un obstacle déjà existant. Toutefois la cause véritable, qui a frappé de paralysie la servitude *altius non tollendi*, peut venir à disparaître, parce que la maison intermédiaire tomberait ou serait démolie. Dans ce cas, le jurisconsulte fait renaître la servitude, et accorde l'action confessoire contre Titius, mais sous cette condition que la démolition des constructions élevées sur le terrain libre aura lieu avant l'accomplissement de la prescription : « *Et si forte qui medius est, quia* « *servitutem non debebat, altius extulerit ædificia sua, ut jam* « *ego non videar luminibus tuis obstaturus, si ædificavero,* « *frustra intendes :* JUS MIHI NON ESSE ITA ÆDIFICATUM HABERE INVITO

Digitized by Google

« TE : *sed si intra tempus statutum rursus deposuerit ædificium* « *suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.* »

225. Il n'est pas douteux que, à partir du moment où le terrain intermédiaire a été couvert de constructions, le non-usage commence. Peut-on dire également que cette édification nous fournisse un acte contraire, dans le sens qu'il faut attacher à ces expressions, c'est ce qui nous paraît fort contestable. Qu'on ne doive pas distinguer si le fait contraire émane du propriétaire du fonds asservi ou du propriétaire du fonds dominant, nous le concédons volontiers : le fait du propriétaire dominant peut s'interpréter par un abandon de son droit, de même que le fait du propriétaire du fonds asservi s'explique par une prétention à l'affranchissement. On conçoit que les parties intéressées dans un rapport de servitude se livrent à des actes conformes ou contraires à la servitude. Mais, quand il s'agit d'un tiers, tout à fait étranger à la servitude, il n'y a pas à se demander s'il la gêne, ou s'il la respecte; c'est chose qui ne le regarde pas. Lorsque le législateur parle d'un acte contraire, servant de préambule à la prescription, et constituant un état que le temps à la longue rendra légitime, il a évidemment en vue un acte qui pourrait être empêché à l'origine, puisqu'il ne doit être maintenu définitivement qu'au bout de trente ans de durée. Nous retombons véritablement dans le cas de force majeure prévu par l'article 703; les choses se trouvent dans un tel état qu'on ne peut plus user de la servitude.

226. Si notre appréciation est exacte, on se trouve ici, à l'occasion d'une servitude prohibitive, en présence d'un non-usage bien constant, lequel n'aura pas été précédé cependant d'un acte contraire, entendu ainsi qu'il doit l'être. Par conséquent s'élèvera la question de savoir si l'héritage assujetti ne peut pas recouvrer sa liberté, quel que soit le laps de temps pendant lequel le droit de vue aura été impraticable à raison de l'interposition des bâtiments élevés sur le terrain libre. Veut-on attendre un acte contraire, tel que l'exige, à notre gré, le législateur, cet acte ne deviendra possible qu'après la chute de l'édifice intermédiaire. Selon la remarque d'Ulpien, tant que subsistera sur le fonds séparatif l'obstacle à l'exercice de la servitude, il n'y a pas moyen pour le propriétaire de l'héritage asservi d'agir de façon à contrarier la

Digitized by Google

servitude. Permis à lui de bâtir à la hauteur qu'il voudra; ses constructions ne changent rien à la situation; elles ne font aucun tort au propriétaire de l'héritage dominant, auquel est même refusée la faculté de s'y opposer.

227. On sait que dans l'ancienne jurisprudence la doctrine qui prévalait était celle de la suspension indéfinie de la prescription, tant que le titulaire de la servitude était dans l'impossibilité d'écarter l'obstacle qui tenait en échec l'exercice de son droit. Aussi Domat[1], qui s'occupe de l'espèce prévue par Ulpien, était d'avis d'effacer la restriction à la résurrection de l'action confessoire contenue dans ces mots : *si intra statutum tempus*. Lalaure[2], qui a également emprunté l'exemple pris dans les lois romaines, et qui traitait la même question à propos de droits de vue sur le Luxembourg, enseignait que les constructions élevées sur le terrain asservi ne pourraient fonder une possession utile aussi longtemps que ces constructions resteraient abritées derrière la maison intermédiaire.

228. Nous nous bornerons à renvoyer aux observations que nous avons précédemment présentées sur les inconvénients d'une semblable doctrine, inconvénients que notre législateur a eu certainement l'intention de prescrire. Remarquons, en effet, qu'à défaut de la prescription trentenaire, il n'y aurait aucune limite de temps au bout duquel serait conjurée l'incertitude sur la condition véritable de la propriété, puisqu'il serait permis de faire revivre même après un siècle des charges entièrement oubliées, grâce à l'exhumation d'un titre suranné qui viendrait frapper d'une dépréciation considérable des héritages qu'on avait dû s'habituer à considérer comme libres.

229. Ce n'est pas à dire que nous condamnions à périr nécessairement, à la suite de trente ans de non-usage, une servitude prohibitive, dont la jouissance est devenue impossible par des circonstances indépendantes de la volonté du propriétaire dominant. Nous admettons ici, comme à l'égard des servitudes positives pour lesquelles la même situation se produirait, qu'on doit réserver au bénéficiaire du droit la faculté d'interrompre la prescription ; et nous lui permettrions, à dé-

[1] Liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 4.
[2] Page 64.

Digitized by Google

faut de l'obtention d'une reconnaissance volontaire, de recourir à une action judiciaire ayant pour but de faire constater l'existence de la servitude [1]. Mais quand il s'est écoulé plus de trente ans, sans qu'il y ait eu aucun acte d'exercice, et qu'en outre il n'a été rien fait pour tenir en éveil l'attention des intéressés, nous estimons qu'il serait bon de considérer comme éteint absolument un droit qui est resté si longtemps sans objet. Tout ce qu'on peut exiger, c'est que la durée du non-usage soit bien constatée. Dès qu'il y a certitude sur ce point, il nous paraît inutile, quelquefois dangereux ou impraticable, de s'arrêter à la distinction, qui consiste à exiger quant aux servitudes continues le préalable d'un acte contraire.

[1] La ressource de l'action confessoire, que nous mettons à la disposition de l'ayant droit à la servitude, était refusée par Ulpien, même à la suite de constructions élevées par le propriétaire du fonds grevé. « *Frustra intendes jus mihi non esse ita ædificatum habere invito te.* » L'interdiction de bâtir ayant pour but de ne pas gêner les vues de la maison dominante, on ne peut pas dire que l'édification réalisée sur le terrain assujetti constitue une contravention à la servitude, puisque les *lumina* étaient déjà interceptés. L'exercice du droit de vue étant totalement supprimé par l'existence du bâtiment le plus rapproché, l'obstacle ne s'aggrave en aucune façon à raison de la construction d'un bâtiment situé derrière le précédent. Le propriétaire du fonds dominant n'a pas d'intérêt quant à présent à faire maintenir une prohibition de bâtir dont il ne tire nul profit; il n'agirait que pour nuire à son voisin, sans qu'il y eût quelque utilité pour lui.

On peut accepter comme rigoureusement exacte cette manière de raisonner. Toutefois, si elle est fondée, la conséquence en doit être que le propriétaire du fonds servant n'est pas en position de reconquérir la liberté de son héritage en vertu de ses travaux, puisqu'il est redevable de la liberté dont il jouit non à son propre fait, mais uniquement au fait du propriétaire intermédiaire. Dès lors, quand le jurisconsulte, en ajournant l'action confessoire jusqu'à la chute de l'édifice, ajoute que la *vindicatio servitutis* ne sera possible qu'autant que la disparition de l'édifice interposé surviendra *intra statutum tempus*, s'il ne faut pas voir là, ce que nous soupçonnerions fort, une interpolation de Tribonien, nous estimons qu'Ulpien a manqué de logique. Nous n'apercevons pas, en effet, de réponse au dilemne suivant. Ou bien les constructions que se permet le propriétaire du fonds grevé sont impuissantes à lui procurer la faculté d'usucaper, et alors l'usucapion ne doit pas courir à son profit; ou bien ces constructions ouvrent la voie à l'usucapion, et dans ce cas, il y a une entreprise portant atteinte à l'avenir de la servitude. Il serait injuste, par conséquent, que ce fait nouveau, qui lui est préjudiciable, ne pût pas être empêché de la part de celui qui se voit menacé de subir la perte de son droit.

E. MACHELARD

Digitized by Google

Quelques mots

SUR L'ÉTAT DE LA QUESTION DE LA PEINE DE MORT EN SUÈDE,

Par M. Ch. Lucas, membre de l'Institut.

Les premiers progrès de la réforme pénale en Suède [1] remontent au règne de Gustave III, et consistèrent dans d'assez notables adoucissements apportés aux rigueurs excessives du Code pénal de 1734 par la diète 1778. Ce fut au sein de cette Diète que surgit pour la première fois en Suède, dans le cours des délibérations législatives, la question de l'abolition au moins restreinte de la peine de mort.

Aussi la loi promulguée le 20 janvier 1779 vint-elle édicter des pénalités moins sévères contre beaucoup de crimes qui étaient précédemment punis de mort. Le nombre des exécutions en éprouva une diminution considérable, ainsi que le constate M. d'Olivecrona.

Les idées qui avaient caractérisé la philosophie du droit pénal dans la fin du XVIIIe siècle et le commencement du XIXe n'exercèrent aucune influence en Suède. L'abolition même restreinte de la peine de mort n'avait pu depuis 1778 provoquer la moindre discussion législative, lorsqu'un prince généreux et éclairé, sentant le besoin de réveiller son pays de cet engourdissement, Oscar Ier, alors prince royal, publia en 1840 son ouvrage célèbre intitulé : *Des peines et des prisons.*

« Étudier, dit-il, l'expérience si clairement acquise par nos devanciers, en tirer des leçons qui nous aident à remplir les obligations qui nous sont imposées par notre époque, poser les premières bases des travaux de nos successeurs, voilà ce qu'exige de nous la marche progressive de l'esprit humain.... : C'est une belle tâche que de fonder les lois pénales et les éta-

[1] Parmi les principales sources auxquelles nous avons puisé nos renseignements, nous devons particulièrement mentionner l'intéressant ouvrage *sur la Peine de mort*, en Suède, publié en 1866 à Stockholm, par M. d'Olivecrona, ancien membre de l'ordre de la noblesse de la Diète, ancien professeur de droit pénal à l'Université d'Upsal et conseiller à la Cour suprême de justice, traduit en français par M. Jules-Henri Kramer. Paris, 1868, imprimerie de Claye.

Digitized by Google

blissements de correction sur l'esprit des divins enseignements du christianisme.

« Le Code pénal et les prisons, voilà les deux points qui réclament le plus impérieusement notre attention. Il est facile de juger, d'après une législation criminelle, du plus ou moins de prix que l'on a attaché à la dignité de l'homme. »

Puis, conduit par l'étude des peines à l'examen particulier de celle insertie au sommet de l'échelle pénale, ce prince continue ainsi :

« La légitimité de la peine de mort, ayant été combattue de nos jours par plusieurs jurisconsultes et par des écrivains distingués, mérite d'être étudiée avec soin. L'État a sans doute le droit et la mission de punir tout acte qui porte atteinte au droit commun ; il a celui de mettre le criminel incorrigible et dangereux pour la sûreté publique, hors d'état de nuire aux membres paisibles de cette société ; mais ce droit s'étend-il au delà de la privation de la liberté par laquelle le but est atteint ? »

Après avoir démontré qu'aller au delà c'est tomber dans la vengeance et l'arbitraire, le royal auteur déduit de l'étude des statistiques criminelles l'inefficacité de la peine de mort, en faveur de laquelle la raison politique ne lui paraît avoir invoqué aucun argument solide.

Enfin, au point de vue moral, il reproche à la peine de mort d'interdire à l'homme, être moral, la possibilité de son amendement, que la privation de sa liberté lui conserve. « N'est-il pas contraire, dit-il, à la raison et à la justice d'accorder aux uns la faculté de se corriger, de se sauver, et de la refuser aux autres ? »

Il reproche encore à cette peine de rendre la réparation et la réhabilitation impossibles dans les cas d'erreur judiciaire. Ce remarquable ouvrage, traduit en français, en allemand et en hollandais, fit dans tous ces pays une profonde sensation. Mais en s'adressant surtout à la Suède, c'était là qu'il devait produire la plus profonde impression.

Ce prince venait de monter sur le trône en 1844, sous le titre d'Oscar Ier, lorsque le célèbre jurisconsulte Richer, membre de la commission de révision du Code pénal dont il était le principal auteur, se prononça pour l'abolition de la peine de mort. Mais toutefois ne trouvant pas encore les esprits

Digitized by Google

suffisamment préparés pour cette réforme, il ne voulut pas s'exposer à un échec en la proposant aux quatre ordres de la Diète.

La discusion du Code pénal ramena l'attention de la Diète pendant la session de 1859-1860 sur la peine de mort, et M. d'Olivecrona obtint du comité de législation dont il était un membre éminent, cet important mais singulier système de transactions d'après lequel la magistrature pourrait considérer la peine des travaux forcés comme équivalent de la peine de mort et opter entre les deux; système qui fut consacré par la loi du 29 janvier 1861.

Oscar Ier était mort en 1859 après avoir atteint un résultat considérable, qui sera l'immortel honneur de son règne, celui de cet esprit progressif imprimé à la réforme des lois pénales de son pays, qui ne devait plus désormais se ralentir, et qui plaçait la Suède au rang qui lui était assigné dans le développement de la civilisation européenne.

Ce mouvement progressif ne pouvait que se continuer sous le règne de son digne successeur Charles XV [1].

Dans les deux Diètes de 1862-63 et 1865-66 les discussions sur le projet de Code pénal ranimèrent les débats relatifs à la peine de mort. A la première Diète, sur les quatre ordres, du clergé, de la noblesse, de la bourgeoisie et des paysans, dans le dernier seul la majorité s'était prononcée pour l'abolition de la peine de mort, tandis que dans celui de la noblesse une seule voix en avait combattu le maintien : c'était celle de M. d'Olivecrona. Quant à la seconde de ces Diètes, dont la session commencée le 15 octobre 1865 se termina le 22 juin 1866, ce fut un député de l'ordre des paysans, M. Rosemberg, qui proposa de suspendre pour une période de dix ans, et de remplacer par les travaux forces à perpétuité l'application de la peine de mort dans tous les cas prévus par le Code pénal de 1864.

La majorité du comité de législation, malgré les efforts de

[1] Ce monarque a manifesté en diverses occasions les sentiments élevés dont il était animé, suivant ses propres expressions, « pour le noble développement de l'humanité. » V. notamment sa lettre au comte Sérurier, président des conférences internationales des Sociétés de secours aux blessés militaires.

Digitized by Google

M. d'Olivecrona, se prononça contre cette proposition comme portant atteinte au droit de grâce conféré au roi par la Constitution.

Toutefois, dans le cours de la discussion de cette proposition au sein de la Diète, l'ordre des paysans se déclara à l'unanimité pour la proposition de M. Rosemberg qui, dans l'ordre des bourgeois, fut écartée par 27 voix contre 19. Dans l'ordre de la noblesse, elle fut discutée, mais repoussée sans votation; dans l'ordre du clergé, elle n'obtint pas même l'honneur de la discussion.

Cette Diète de 1865-66 est mémorable dans l'histoire de la Suède, car c'est pour la dernière fois qu'on y voit fonctionner le système de représentation par les quatre ordres de la noblesse, du clergé, de la bourgeoisie et des paysans dont ce pays était en possession depuis l'an 1523. Malgré ses racines séculaires, cet antique système n'avait pu résister davantage aux attaques dont il avait été l'objet surtout depuis 1840.

Le 8 décembre 1865, la noblesse et le clergé résolurent de céder, et la loi du 22 juin 1866 vint inaugurer un nouveau système de représentation basé à peu près sur le suffrage universel et se composant de deux Chambres, dont la première ou Sénat est nommée pour neuf années par les landstings ou conseils généraux des provinces qui sont eux-mêmes des conseils électifs. La seconde Chambre, celle des députés, est élue pour trois ans par le suffrage direct.

Si au point de vue spécial qui nous occupe, nous jetons un coup d'œil rétrospectif sur la participation que chacun des quatre ordres des Diètes suédoises a pris au mouvement abolitioniste de la peine de mort, nous y voyons que le clergé protestant suédois bien différent de celui qui s'associait en France aux vœux et aux travaux de la société de la morale chrétienne pour la suppression de l'échafaud, se montra imperturbablement attaché au respect du bourreau, comme à celui d'un dogme, qui pourtant ne se concilie guère, ainsi que l'écrivait Oscar Ier, avec les divins préceptes du christianisme.

L'ordre de la noblesse céda trop sans doute à l'instinct conservateur qui est toujours chez elle l'instinct prépondérant; mais enfin la discussion y pénétra et y fit surgir des esprits progressifs.

L'ordre de la bourgeoisie se montra plus accessible que

Digitized by Google

celui de la noblesse aux idées et aux besoins du temps, mais beaucoup plus réservé néanmoins que celui des paysans qui se déclara seul d'une manière résolue en faveur de l'abolition de la peine de mort.

Cette réforme abolitive ne pouvait obtenir au sein des Diètes une plus importante manifestation. Les paysans suédois ou propriétaires de petites terres, fiers de leur ancienne liberté, sont en général beaucoup plus instruits que ceux d'une pareille position sociale en d'autres pays. Ils représentaient à la Diète les neuf dixièmes de la population, et ils traduisaient ainsi par leurs propositions et par leurs votes le véritable sentiment populaire qui répugnait en Suède au maintien de la peine de mort.

L'opinion publique et la presse étaient jalouses de signaler toutes les réformes de quelque utilité à l'attention de la nouvelle représentation nationale, qui allait fonctionner pour la première fois en 1867, et tous les journaux se déclarèrent en faveur de l'abolition de la peine de mort, sauf un seul, « la Sentinelle, » organe d'une partie du clergé protestant qui s'appuyait pour défendre l'échafaud sur les principes d'une inexorable orthodoxie.

Cette représentation nationale inaugurait une nouvelle ère pour l'examen de la peine de mort, car la réforme abolitive de cette peine ne devait plus se rencontrer en face des quatre ordres, dont deux lui étaient imperturbablement opposés. Le terrain de la discussion était complétement changé, et tout semblait prédire à l'abolition de la peine de mort une majorité certaine dans la seconde Chambre et probable dans la première. Le résultat justifia ces espérances.

La seconde Chambre, après une discussion approfondie, vota le 13 avril 1867 l'abolition de la peine de mort à la majorité de 103 voix contre 53. Dans la première Chambre 39 se prononcèrent pour le maintien et 38 pour le renversement de l'échafaud. Ainsi une seule voix avait empêché la proposition de M. Bovin d'obtenir la majorité. Ces votes furent proclamés en Europe par les journaux, et partout ils trouvèrent la seule interprétation qu'ils pouvaient recevoir, c'est-à-dire que la peine de mort, en Suède, était abolie en fait, et que le pouvoir législatif, dans sa session de 1868, consacrerait cette abolition définitive.

Digitized by Google

Un pareil résultat était tellement dans l'ordre logique que nul, parmi les défenseurs eux-mêmes de la peine de mort, ne s'avisa d'en contester la probabilité. Or l'année 1868 voit s'ouvrir la seconde session de cette même représentation nationale. Ce sont les deux mêmes Chambres et les mêmes membres dans chacune. Le 30 janvier, le comité de législation faisant rapport sur différentes propositions concernant la suppression de cette peine, s'était déclaré pour l'abolition par 8 voix contre 7. Dans la séance du 29 février, la seconde Chambre qui, en 1867, s'était prononcée à la majorité de 103 voix contre 53 pour l'abolition de la peine de mort, se déclare pour son maintien à la majorité de 100 contre 69. Quelques jours plus tard la Chambre haute, qui s'était partagée en 1867 par 38 voix contre 39, rejette la proposition abolitive sans même aller au vote. Dans le mouvement de la criminalité, rien n'avait assombri l'horizon, en un mot la situation était la même que l'année précédente.

Ce n'est pas la cause de l'abolition de la peine de mort qui peut avoir beaucoup à souffrir de pareils revirements, mais l'autorité morale des pouvoirs publics qui en donnent l'affligeant exemple. Quand des assemblées délibérantes se mettent en face de pareils problèmes, il faut qu'elles sachent assez en respecter la gravité et se respecter elles-mêmes pour ne les aborder qu'avec des convictions sérieuses, et ne pas se livrer à ce jeu de bascule parlementaire. On doit reconnaître que l'ancienne représentation par ordres montrait plus d'esprit de suite dans ses opinions.

Mais n'insistons pas davantage sur ce qui n'est à nos yeux qu'un véritable anachronisme, car l'histoire nous montre combien ce généreux peuple suédois est éloigné par la noblesse et la gravité de son caractère d'un pareil esprit de versatilité.

Il y a toutefois un enseignement utile à retirer de ce singulier épisode de l'histoire de la réforme pénale en Suède. Lorsqu'on veut examiner la question de la peine de mort, il faut nécessairement, selon nous, se placer au double point de vue de sa légitimité et de son efficacité.

Un homme éminent, qui a appartenu à l'Institut[1], et dont

[1] M. Mesnard, ancien premier vice-président du Sénat, ancien président à la Cour de cassation.

Digitized by Google

les opinions, en raison de la situation élevée qu'il a occupée au Sénat et à la Cour de cassation, doivent avoir une grande autorité, a approuvé hautement dans son remarquable ouvrage, *De l'administration de la justice criminelle en France* [1], l'ordre que nous avions suivi dans l'examen de la légitimité et de l'efficacité de la peine de mort, comme le seul scientifique et rationnel. Les jurisconsultes suédois, et notamment M. d'Olivecrona, ont cru pouvoir s'en écarter en donnant pour fondement à la justice des peines, et particulièrement de la peine de mort, la seule nécessité d'y recourir : système dangereux qui a causé tant de désordre dans le passé et peut encore en récéler beaucoup pour l'avenir.

« Bien qu'on ne les néglige pas, dit M. Mesnard[2], les intérêts sensibles ne sont pas les seuls éléments que l'on interroge; on remonte plus haut, on s'adresse au principe moral qui les domine. Là non plus, on ne néglige pas les données de l'utilité, mais on ne les accepte que comme des déductions du principe moral; on ne les recherche point comme cause unique ou comme but final. Appelée ainsi à un tribunal d'un ordre plus élevé, la peine de mort a comparu, non pour expliquer ses effets, mais pour se justifier d'exister; non pour laisser constater l'utilité ou l'inutilité de ses actes, mais pour montrer ses titres et établir son droit, non pas enfin pour se faire déclarer efficace et puissante, mais pour se faire reconnaître comme juste et légitime. »

Mais alors même qu'on laisserait à l'école utilitaire toute latitude de ne déduire l'injustice de la peine de mort que de l'inefficacité de son application, où trouver son *criterium* pour constater cette inefficacité? Ira-t-elle le chercher dans la mobilité des appréciations de la nature humaine, ou qui pis est, dans l'effervescence des passions les plus orageuses? Chacun des gouvernements appelés à se prononcer sur la peine de mort n'est-il pas juge dans sa propre cause? et tous sont-ils dans les mêmes conditions de liberté de jugement et d'impar-

[1] Ch. II, p. 73, 74, 75. L'illustre magistrat exprime sa profonde conviction sur l'illégitimité de la peine de mort, et il s'élève avec énergie contre l'inconséquence et l'impuissance de ceux qui croient devoir enfermer cette réforme dans le point de vue utilitaire et la reduisent ainsi à n'être plus qu'une enquête *de commodo et incommodo*.

[2] Page 74.

Digitized by Google

tialité ? N'est-il pas à présumer que ce sont les moins forts et les moins libres qui, obéissant plutôt aux impressions de la peur, inspirée par leur impopularité, qu'à la saine appréciation des besoins légitimes de l'ordre social, inclineront toujours à se prononcer pour la nécessité de l'échafaud?

Enfin écartons tous ces écueils et voyons dans les temps les plus calmes l'école utilitaire procéder avec son principe exclusif. Cet exemple des deux sessions législatives de la Suède en 1867 et 1868 nous révèle à quelles contradictions elle vient aboutir. C'est là, nous le répétons, un grave enseignement à constater et à recueillir, qui doit éclairer l'école utilitaire et la convaincre que si elle peut rendre de grands services en ne séparant pas l'examen de la légitimité de la peine de mort de celui de son efficacité, elle ne saurait, en se plaçant à son point de vue exclusif et isolé, rien édifier pour l'abolition de cette peine qui puisse avoir la base, la stabilité et l'avenir d'une réforme sérieuse. Si ce qui vient de se passer en Suède peut nous en convaincre, il faut s'applaudir du résultat. Qu'on ne croie pas du reste que nous ayons perdu notre confiance dans cette ère nouvelle ouverte à la réforme pénale en Suède par le célèbre ouvrage d'Oscar Ier. « En Suède, m'écrivait M. d'Olivecrona, la proposition de l'abolition de la peine de mort n'a jamais été une question de faction politique. Des hommes de différentes opinions politiques ont considéré cette question seulement comme une question d'humanité et de civilisation. Et en parlant de moi-même, j'ai appartenu toujours à la fraction conservatrice des Diètes, et l'on n'a jamais vu en moi l'homme des imprudences et des témérités. »

C'est avec le concours de ces hommes généreux, parmi lesquels le prince royal s'honore de partager les opinions de son auguste père, que l'on verra s'élaborer et s'accomplir un jour la réforme abolitive préparée par le génie progressif d'Oscar Ier.

Il semble du reste que ce soit du haut des trônes que parte en ce moment en Europe l'impulsion qui repousse la peine de mort. Si Oscar Ier a préparé en Suède le succès plus ou moins prochain de cette grande réforme de civilisation chrétienne, dom Louis Ier vient de l'accomplir en Portugal. La loi de juillet 1867 par laquelle ce prince magnanime, avec le concours des pouvoirs publics et l'heureuse manifestation des

Digitized by Google

instincts populaires, a promulgué la suppression de la peine de mort sera l'objet de notre part d'un travail spécial dans lequel nous nous attacherons à caractériser ce résultat important qui est à nos yeux le fait le plus considérable de l'histoire du mouvement abolitioniste de la peine de mort au XIXe siècle.

A l'heure même où nous écrivons, la Saxe nous offre un nouvel exemple de l'initiative royale pour l'abolition de la peine de mort. La seconde Chambre saxonne s'est prononcée à une majorité imposante pour la suppression de la peine de mort après de remarquables débats auxquels assistaient le prince héritier et sa femme.

On comprend les motifs de cette présence sympathique de l'héritier du trône, quand on se souvient que c'est le roi de Saxe lui-même, dont la science comme jurisconsulte est si renommée en Allemagne, qui, dans la séance du 1er février dernier, voulut par un édit royal appeler cette seconde Chambre à délibérer sur la proposition d'abolir la peine de mort.

Si, comme nous l'espérons, le vote de la première Chambre vient sanctionner à son tour la proposition royale, cette initiative de la Saxe exercera une grande influence. La savante et libérale Allemagne, qui a tant de fois discuté dans ses congrès la question de la peine de mort et motivé le vœu de sa suppression, est merveilleusement préparée à seconder le mouvement abolitioniste auquel la Saxe viendrait donner l'autorité d'un précédent sérieux. L'Allemagne est impatiente de prouver qu'elle ne veut pas troubler l'Europe par des aspirations guerrières, mais l'étonner par des conquêtes morales qui doivent assigner à la race germanique le grand rôle qu'elle est appelée à jouer dans le développement de la civilisation européenne.

Ce précédent de la Saxe produirait une profonde impression à Vienne, à Berlin, à Munich et à Stuttgard. On a vu à Vienne, dans les récentes délibérations législatives sur la révision du Code pénal, le terrain considérable qu'avait gagné l'opinion abolitioniste et la faible majorité à laquelle la peine de mort avait dû son maintien. On verrait se ranimer à Munich et à Stuttgard les vives et généreuses sympathies qui se sont plusieurs fois manifestées dans les débats législatifs pour la suppression de l'échafaud. A Berlin, par un noble

Digitized by Google

sentiment, le gouvernement a depuis plusieurs années supprimé les exécutions publiques. Mais quand on en est réduit là et qu'on est ainsi obligé de renoncer à l'intimidation qu'on attendait de l'exemplarité de cette peine pour ne pas violenter les sentiments de l'humanité et pervertir les mœurs publiques, l'autorité morale d'une pareille pénalité est complétement discréditée. La loi suppressive des exécutions publiques ne pouvait être dans la pensée du gouvernement prussien qu'une préparation à une abolition de la peine de mort plus ou moins rapprochée. Or l'heure de cette réforme aura sonné à Berlin le jour où elle se sera réalisée à Dresde. L'initiative civilisatrice de la Prusse en Allemagne ne peut abdiquer, et ce serait d'ailleurs une occasion pour le gouvernement prussien de montrer qu'il n'avait pas obéi à un esprit rétrograde le jour où, à la grande douleur de l'opinion libérale en Allemagne, il avait interrompu dans l'ancien duché de Nassau la réforme abolitive de la peine de mort, dont ce petit État était jaloux de continuer l'heureuse expérience.

Ne nous étonnons pas de voir les souverains de l'Europe prendre ainsi l'initiative de l'abolition de la peine de mort. Lorsque la philosophie du XIXe siècle, plus hardie que celle du siècle précédent, a résolûment soumis à son examen la question de la légitimité de la peine de mort en même temps que celle de son efficacité, si elle n'a pas partout déterminé la conviction de l'illégitimité de cette peine, partout du moins elle a jeté un doute immense. Or ce doute doit surtout peser sur la conscience des souverains qui, au moment de signer l'arrêt fatal, sont appelés à prendre devant Dieu et devant les hommes la responsabilité de lancer, comme on le dit, dans l'éternité ces âmes encore chargées de toutes les souillures de leurs crimes, et dont la vie ne semble offrir pour la sécurité publique aucun danger qui ne saurait être prévenu, comme le disait le roi Oscar Ier, par la privation de leur liberté.

Il y a là sujet à de sérieuses réflexions pour l'école utilitaire qui semble méconnaître l'empire que doit exercer la conscience humaine en si grave matière. Cette école doit reconnaître qu'elle se livrerait à une étrange illusion si elle se croyait appelée à fonder définitivement la réforme abolitive de la peine de mort, en s'appuyant sur son procédé exclusif qui se résume, suivant l'expression du président Mesnard, à

Digitized by Google

une enquête *de commodo et incommodo.* Elle ferait de la peine de mort une sorte de phénix, toujours prêt à renaître de ses cendres, en opposant la nécessité prétendue du lendemain à l'inutilité reconnue de la veille, et livrant dans le seul intervalle d'une session à l'autre le pouvoir législatif aux plus choquantes contradictions.

Il faut conserver à ce grave et, comme on le dit habituellement, redoutable problème de la peine de mort, tout ce qu'il y a de grand et d'élevé, puisqu'il se pose en face des attributions de la justice divine en même temps que des limites de la justice humaine. Il n'y a pas seulement ces deux justices en présence, il y a encore les deux civilisations chrétienne et païenne. La lutte est entre les deux principes opposés. Ce n'est pas devant la simple affirmation d'une inefficacité assez difficile à établir et toujours plus ou moins facile à contester que la peine de mort doit être rayée de nos Codes pour ne plus y reparaître, mais c'est avec l'invocation des principes de la morale chrétienne qui, une fois qu'ils ont pénétré dans la conscience humaine, ne s'en effacent plus; c'est avec les hautes inspirations de la nature humaine telle qu'elle doit être comprise chez le criminel qui, malgré sa servitude pénale et sa dégradation, n'en reste pas moins un être moral qu'on ne peut traiter comme *une chose,* à l'exemple de l'ère païenne; c'est au nom du respect des mœurs publiques qu'on ne doit pas pervertir par des exécutions sanguinaires ; c'est encore au nom des progrès de la raison publique qui ne saurait admettre qu'on puisse abandonner entre les mains d'une justice faillible une peine irréparable, et qui se révolte qu'on vienne encore à notre époque représenter la justice sociale sous les traits hideux du bourreau.

Enfin, après ces arguments philosophiques, il y en a encore un autre bien plus puissant à invoquer, c'est l'argument historique qui s'appuie sur les témoignages de l'expérience, et peut à notre époque se prévaloir de l'autorité de plusieurs précédents d'une grande valeur. Voilà comment il faut combattre et renverser la peine de mort en soulevant contre elle les légitimes réclamations de la conscience humaine et les énergiques protestations de notre civilisation chrétienne qui doit se sentir outragée de subir au XIXe siècle cette dernière et sanglante trace du talion.

Digitized by Google

Nous ne voudrions pas toutefois qu'on pût se méprendre sur nos intentions; nous ne saurions méconnaître l'importance des études sur l'inefficacité de la peine de mort. Nous nous y sommes assez largement livré nous-même pour qu'on ne puisse suspecter la sincérité de l'intérêt que nous y attachons. L'école utilitaire a rendu sous ce rapport de grands services, en réunissant de précieuses recherches et en produisant de sérieux arguments, puisés notamment dans l'examen des statistiques de l'administration de la justice criminelle. Tout ce que nous lui demandons, c'est d'ajouter à ces persévérants et utiles travaux sur l'efficacité de la peine de mort une certaine préoccupation de la question de sa légitimité. Notre pensée est une pensée de conciliation. Ce que nous désirons, c'est d'inviter les hommes de progrès qui aspirent à l'abolition de la peine de mort, les uns au nom de son inefficacité, les autres de son illégitimité, à ne pas marcher isolés et séparés, mais à rapprocher leurs bannières, car l'union seule est la condition de leur force et de leur succès.

CH. LUCAS.

DE LA CONTREBANDE DE GUERRE.

(HISTOIRE ET JURISPRUDENCE.)

Par Alexandre BASILY [1].

CHAPITRE III.

Des objets de la contrebande de guerre.

Nous qualifions d'objets de contrebande de guerre les marchandises dont l'importation dans le territoire des belligérants est interdite aux neutres par les principes mêmes du droit international.

Examinons quels sont ces objets, tant au point de vue d'une théorie rationnelle qu'en vertu des prescriptions du droit p-

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 238 et 368.

Digitized by Google

sitif. Rappelons-nous cependant que c'est au point de vue de la raison surtout que nous devons envisager cette question. En vertu du principe même que nous avons déjà adopté, nous considérons les droits et les devoirs dont il est question ici comme découlant de l'essence même de l'état de guerre et de la neutralité; nous ne reconnaissons donc point au belligérant le droit de décider, selon ses convictions ou selon ses convenances, quels sont les objets de contrebande de guerre. Par la même raison, nous ne croyons pas devoir attribuer une grande portée aux traités internationaux, quant aux stipulations à l'égard de la contrebande de guerre; ces stipulations, nous le répétons, doivent être réservées exclusivement aux inductions de la science du droit : les traités ne peuvent nullement modifier la nature des choses, et c'est la nature même des produits qui constitue l'obligation corrélative des neutres à l'égard du droit réservé aux belligérants. Les traités doivent par conséquent se conformer avant tout aux prescriptions de la science du droit. Pour établir une énumération rationnelle à notre point de vue, nous adoptons en principe les trois catégories établies par Hugo Grotius à l'égard de toutes les marchandises : la première de ces catégories renferme les choses employées exclusivement dans la guerre, les objets destinés à faire un mal matériel à l'ennemi; la seconde, ceux qui ne sont d'aucun usage dans la guerre même, tels que produits des arts, objets de luxe ou de toilette; la troisième, toutes les choses qui sont également employées dans la guerre et dans la paix, par exemple, provisions de bouche, fer, acier, etc.[1].

Quant aux deux premières classes, la question est claire : tout ce qui est d'un emploi exclusif dans la guerre est incontestablement contrebande de guerre; les objets de la seconde classe ne peuvent jamais être qualifiés tels. Cependant quelques auteurs n'ont voulu admettre dans aucun cas et pour aucune sorte de marchandises le principe même de la prohibition. Pareillement quelques traités ont aboli cette prohibition, celui par exemple de 1642 entre l'Angleterre et le Portugal, celui de 1647 entre l'Espagne et la ligue Hanséatique, et celui

[1] Hugo Grotius a introduit le premier ces catégories dans la science du droit, *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. I, § 5, nos 2-7.

Digitized by Google

de 1661 entre le Portugal et la Hollande[1]. Les traités ne peuvent faire disparaître un principe universellement reconnu; d'ailleurs ceux que nous venons de citer n'ont point eu à subir l'épreuve d'une guerre maritime. Quant à l'opinion des publicistes, nous en avons démontré l'erreur en traitant des sources mêmes du droit de la répression de la contrebande de guerre.

La question est donc réduite à la troisième catégorie. Pour ce qui est des produits appartenant à celle-ci, il y a une grande divergence d'opinions et de prescriptions dans les traités aussi bien que dans la science.

C'est ainsi que quelques auteurs ne reconnaissent dans aucun cas pour contrebande de guerre tout objet d'une utilité quelconque en temps de paix. Parmi le petit nombre d'auteurs qui limitent la qualification de contrebande aux seuls objets de la première catégorie de Grotius, nous citerons ici M. Hautefeuille : « D'après la loi primitive, dit-il, on peut « affirmer que la contrebande de guerre est expressément li- « mitée aux armes, instruments et munitions de guerre, et « que toutes les autres denrées sans exceptions, même les « matières propres à la fabrication de ces objets prohibés, « même les instruments qui, sans avoir un usage direct dans « les hostilités, peuvent cependant y être employés indirecte- « ment, soit comme véhicule, soit de toute autre manière, res- « tent les objets d'un commerce libre de la part des neutres « avec les belligérants ou avec l'un d'eux[2]. »

Nous examinerons plus loin l'opinion que nous venons de citer; nous nous bornons pour le moment à constater qu'elle n'a jamais prévalu dans les traités. Parmi les auteurs qui ont admis dans l'énumération de la contrebande de guerre certaines marchandises de la troisième catégorie de Grotius, les uns ont simplement confondu avec les marchandises de contrebande de guerre plusieurs objets nécessaires à une société paisible; les autres ont établi une catégorie spéciale d'objets, qui, selon les circonstances, peuvent être reconnus comme

[1] Les traités de la Russie avec les États-Unis d'Amérique des années 1785 et 1799 ne suppriment point la prohibition de la contrebande de guerre : on a interprété à tort dans ce sens l'abstention du droit de confiscation.

[2] Hautefeuille, *Droits et devoirs des neutres*, part. II, p. 317.

Digitized by Google

contrebande de guerre; on a qualifié cette théorie de *contrebande par accident.*

Les traités sont en général conformes à la théorie qui admet la qualification de contrebande de guerre à l'égard de plusieurs objets qui ne sont pas d'un usage exclusivement militaire; quelques-uns, mais en très-petit nombre, stipulent la contrebande par accident. Les auteurs qui ne bornent pas la contrebande à la première catégorie de Grotius, ne s'accordent pas dans l'énumération même des objets de contrebande. Le même désaccord s'observe dans les traités conformes au principe ci-dessus. Pour plus de clarté, nous indiquons ici les opinions divergentes des auteurs et les divers principes d'énumération admis par les traités à l'égard de la contrebande de guerre, en classifiant les objets réservés à la troisième catégorie de Grotius par leur nature même.

I. *La matière dont on fait les objets réservés à la première catégorie, tels que fer, acier, cuivre, fonte, plomb, charbon, soufre et salpêtre, en un mot tous les produits qui peuvent servir à la confection d'armes ou engins de guerre.*—A l'égard de ces objets les opinions des publicistes sont tout aussi divergentes que les stipulations des traités. Les uns, les auteurs contemporains surtout, n'en admettent point la prohibition, en raison, disent-ils, qu'ils ne peuvent pas servir directement à la guerre. Les autres, et plus particulièrement les auteurs anglais du siècle dernier, relèguent la totalité de ces objets dans le domaine de la contrebande de guerre. Pour la plupart on en rapporte une partie à la contrebande de guerre, le soufre et le salpêtre par exemple, ou bien le plomb encore et même la fonte, et finalement l'acier et le fer.

Tous les traités considèrent le salpêtre comme objet de contrebande, et la plupart en font de même du soufre. Les traités les plus favorables aux neutres, tels que celui de 1766 entre la Russie et l'Angleterre, et ceux de la neutralité armée, acceptent cette prohibition. Parmi les traités qui ne classent pas le soufre au nombre des marchandises de contrebande, nous citerons celui d'Utrecht de l'année 1713, ceux de la France avec les États-Unis d'Amérique de l'année 1778, de l'Angleterre avec la France de l'année 1786, de la Russie avec la France de l'année 1787, et de l'Angleterre avec les États-Unis d'Amérique de l'année 1784. Quelques au-

Digitized by Google

teurs, Galiani entre autres[1], voient une contradiction et une absurdité dans l'énumération des objets de contrebande qui établit la prohibition du salpêtre, tout en accordant la liberté au soufre. Cependant cette distinction établie entre le soufre et le salpêtre, quoiqu'elle ne puisse être admise en théorie pure, trouve son application logique dans la pratique de la guerre : le soufre et le salpêtre avec le charbon servent à la fabrication de la poudre; par conséquent lorsqu'un pays ne produit ni soufre ni salpêtre, il paraît rationnel d'accorder la liberté à l'un de ces deux minéraux, sans danger qu'il puisse devenir engin de guerre. Les traités en question ont accordé la franchise au soufre, comme à une matière plus utile dans les arts de la paix. Les traités spécialement dirigés contre la liberté du commerce des neutres ont, comme de raison, étendu la prohibition à la plupart des autres produits de cette classe.

II. *Les matériaux nécessaires à la construction et à l'équipement des vaisseaux, tels que bois de construction, ancres, goudron, poix, térébenthine et résine, chanvre, câbles, toile à voile et autres similaires.*— Tous ces objets sont compris dans la contrebande de guerre, selon Jenkinson (depuis lord Liverpool), qui cite à l'appui de son opinion les deux faits suivants :

1er. La plupart des traités stipulent *nominativement* la franchise de ces mêmes articles; par conséquent, dit-il, cette énumération prouve qu'en règle générale il faut les considérer comme objets de contrebande : autrement on ne les aurait pas cités tout au long, évidemment à titre d'exception. — Ce raisonnement, aussi spécieux qu'il est élastique, mérite à peine les honneurs de la réfutation.

2e. Cette classe de marchandises est évidemment destinée, dit-il, à fortifier le belligérant, en lui procurant les moyens de construire et d'équiper des vaisseaux de guerre[2]. Nous verrons bientôt que par la raison seule qu'une marchandise sert

[1] *De' doveri de' principi neutrali*, p. 348.

[2] Cette opinion de Jenkinson est exposée dans son discours « sur le *respect* de la Grande-Bretagne pour les droits des neutres, » discours qui sert d'introduction à son *Histoire des traités de* 1648-1783. Rayneval cite pour la combattre cette opinion dans son ouvrage : *De la liberté des mers*, v. II, p. 108.

Digitized by Google

à fortifier le belligérant, on n'est pas en droit de la déclarer contrebande de guerre.

La même opinion se reproduit dans le discours du célèbre jurisconsulte anglais William Scott[1]. Valin et Vattel[2] qualifient également de contrebande ces mêmes articles. Hübner[3] et Galiani[4] proposent de limiter la qualification aux seuls articles de cette catégorie qui peuvent servir à la construction des grands vaisseaux, des vaisseaux de guerre. Cette distinction n'a pas de valeur pratique de nos jours, en raison du développement même des constructions navales; elle en avait peut-être à l'époque où le fer ne jouait pas encore le rôle qui lui est acquis aujourd'hui dans l'architecture navale. Il est évident que le système qui qualifie de contrebande les matériaux propres à la construction des navires, prohibe à plus forte raison tout navire déjà construit. Quant aux traités, le nombre de ceux qui frappent les objets ci-dessus cités d'une prohibition absolue est très-petit; on peut citer en ce sens le traité conclu en 1742 entre la France et le Danemark[5]. Le traité de 1803, entre l'Angleterre et la Suède, rapporte ces objets à la contrebande par accident. Plusieurs traités, au contraire, stipulent expressément la franchise des matériaux propres à la construction des navires. Malgré les dispositions des traités, on a vu souvent des puissances maritimes déclarer contrebande de guerre ces objets au début même de la guerre. La Hollande prit l'initiative de cette mesure arbitraire par son édit du 30 décembre 1657; l'Angleterre suivit cet exemple dans tout le cours du XVIIIe siècle, en vertu de ses ordres du conseil[6]; la France en agit de même dans la guerre pour la succession d'Espagne. C'est sans doute cette pratique de la guerre qui a fait insérer dans plusieurs traités *expressément* la franchise de ces marchandises et non, comme le prétend Jenkinson, l'opinion que par la règle générale ils appartiennent aux objets de contrebande.

[1] *Admiralty Reports*, Robinson.

[2] *Droit des gens*, l. III, § 112.

[3] *De la saisie des bâtiments neutres*, t. I, v. II, ch. I, §§ 5-10.

[4] *De' doveri de' principi neutrali*, ch. IX. § 4.

[5] V. Valin, *Commentairés sur l'ordonnance*, l. III, tit. 9, *des prises*, ch. V, § 6, n° 4.

[6] V., par exemple, les ordres du conseil, des années 1744 et 1755.

Digitized by Google

III. *La houille et les machines à vapeur.* — La possibilité de faire rentrer ces objets parmi ceux prohibés a été signalée pour la première fois, il y a une vingtaine d'années, à l'époque même de l'introduction de cet élément dans la marine militaire. Le charbon de terre est considéré ici comme aliment de la vapeur. C'est M. Ortolan qui le premier a soulevé cette question : « Nous pensons, dit-il, que par la suite, à « mesure du développement et de l'importance qu'acquerra la « marine militaire à vapeur, la houille, munition indispen- « sable et majeure pour cette marine, sera susceptible d'en- « trer dans cette catégorie (d'objets de contrebande de guerre), « bien qu'elle soit aussi d'une grande utilité pour les usages « industriels et pacifiques[1]. » Ceci a été écrit en 1845. En 1849, M. Hautefeuille a protesté contre la prohibition de la houille, produit d'une utilité générale dans l'industrie paisible[2]. La plupart des auteurs contemporains adoptent cette dernière opinion, *qui s'applique également aux machines à vapeur.*

La question de la houille a donné lieu à des déclarations officielles des cabinets à l'occasion de la guerre d'Italie de 1859. Une dépêche du 18 mai 1859 du Foreign Office considérait la houille comme susceptible d'être déclarée en certaines circonstances contrebande de guerre. C'est dans le même sens que nous devons considérer la déclaration du gouvernement autrichien, qui défendait l'exportation de ce combustible. Cependant le cabinet des Tuileries et celui de Turin proclamaient à la même époque la franchise de la houille, qui n'a jamais figuré dans l'énumération des objets de la contrebande de guerre[3].

IV. *Chevaux et animaux de transport.*— Plusieurs auteurs ont classé les chevaux parmi les articles de contrebande. Galiani partage cette opinion, en raison du service des chevaux dans la cavalerie et dans l'infanterie[4]. Il ajoute que les mulets doivent y figurer au même titre[5]. A ce point de vue le bœuf

[1] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, v. II, ch. IV, p. 195.
[2] *Droits et devoirs des neutres*, v. II, p. 411-415.
[3] V. Guillaumin, *Dictionnaire universel du commerce et de la navigation*, au mot *Houille*.
[4] *De' doveri de' principi neutrali*, ch. IX, § 4, art. 2, p. 333.
[5] *Loc. cit.*, p. 335.

Digitized by Google

lui-même, le plus pacifique des quadrupèdes, mérite les honneurs attribués à ses confrères. A l'appui de son opinion, Galiani cite une loi romaine « lex Julia, » qui défend la fourniture des chevaux au profit de l'ennemi[1]. Évidemment cette loi, purement douanière, n'a aucun rapport avec la contrebande de guerre, dont on ne trouve aucune trace dans la législation romaine. Hübner observe que les chevaux destinés à la remonte de la cavalerie et de l'artillerie doivent seuls être déclarés contrebande de guerre[2], mais le moyen d'en déterminer la destination?.....

La presque totalité des traités stipulent la prohibition des chevaux. A titre d'exception, nous citerons le traité anglo-russe de l'année 1766, tous ceux de la neutralité armée, celui de la France et des États-Unis d'Amérique de 1778, et quelques traités conclus de nos jours entre les États du Nouveau-Monde.

V. *Monnaie et métaux précieux.* — Un petit nombre d'auteurs, et entre autres Weis[3], considèrent la monnaie, et en général les métaux précieux, comme objets de contrebande de guerre, en raison, disent-ils, de la destination nouvelle que ces objets peuvent recevoir en temps de guerre, comme moyen d'acquérir armes et engins et toutes autres choses nécessaires à la guerre. Hugo Grotius et Hübner en font de la contrebande par accident. Les seuls traités qui ont stipulé la prohibition absolue de ces objets sont ceux de 1604 entre la France et l'Espagne; de 1630, entre l'Angleterre et l'Espagne; de 1654, entre l'Angleterre et la Hollande; de 1803, entre l'Angleterre et la Suède.

VI. *Tissus et vêtements.* — Les draps communs, la toile et en général les étoffes usitées pour l'habillement des classes inférieures et de l'armée, comme aussi les habits confectionnés, sont considérés comme objets de contrebande de guerre par un petit nombre d'auteurs, et, nous le disons à regret, par quelques auteurs modernes, y compris Weis, qui

[1] Galiani dit (*loc. cit.*, p. 333, remarque 2) : « La legge Giulia conta tra principali delitti di lese maesta l' aver fornito cavalli al nemico : *Cujusve opera dolo malo hostes populi romani commeatu armis, telis,* equis, *pecunia, aliavequa re adjuti sunt.* » Digesta, I, 48, tit. IV, lib. IV.

[2] *De la saisie des bâtiments neutres*, t. I, part. II, ch. I, § 5.

[3] *Code maritime international*, v. II, § 34.

Digitized by Google

ne cite cependant aucun argument à l'appui de son opinion [1]. Hübner classe ces marchandises dans la contrebande par accident. Aucun traité n'en interdit le commerce; à peine est-il question de ces articles dans les traités, et cette abstention en garantit certainement la franchise : le principe général, la loi primitive, c'est la liberté du commerce des neutres avec les belligérants; la contrebande n'est qu'une exception, et tout ce qui ne figure pas dans l'exception jouit de la loi commune. La franchise même en est implicitement garantie par les traités qui, après avoir énuméré les objets de contrebande, stipulent la liberté du commerce des neutres pour toutes les autres marchandises. Quelques-uns même garantissent la franchise des habillements évidemment confectionnés pour la troupe; telle est du moins, selon l'opinion de Hautefeuille [2], la portée des mots suivants de l'article 25 du traité de 1783 entre la France et l'Angleterre : « On ne mettra pas au nombre « des marchandises défendues celles qui suivent, savoir : « toutes sortes de draps et tous autres ouvrages de manufac- « ture de laine, de lin, de soie, de coton et de toute autre « matière, *tous genres d'habillements* avec les choses qui ser- « vent ordinairement à les faire. »

VII. *Vivres.* — Parmi les auteurs qui ont admis la prohibition des vivres à titre de contrebande de guerre, la première place appartient à Heineccius [3]. Il ne donne pas de raison spéciale à sa thèse; il la fait dériver du droit du belligérant de mettre obstacle à tout ce qui sert à fortifier son adversaire. Nous référant à ce que nous avons dit plus haut à ce sujet, nous nous bornons à observer ici que la thèse erronée de Heineccius découle d'un principe foncièrement erroné lui-même.

D'ailleurs cet auteur confond souvent la contrebande de guerre avec la contrebande purement *commerciale* (la contrebande douanière, la contrebande proprement dite), et applique à celle-là les règles généralement réservées à celle-ci [4]. C'est ainsi qu'il invoque la loi romaine qui défendait de fournir aux barbares, ennemis permanents de l'empire, des provisions de

[1] *Code maritime international*, v. II, § 34.
[2] *Droits et devoirs des neutres*, v. II, p. 385.
[3] *De navibus ob vecturam mercium vetitarum commissis*, ch. I, § 14.
[4] V. §§ 15 et 16, *De navibus*, etc.

Digitized by Google

bouche[1]. Coccejus[2], Selden[3], Loccenius[4], et même quelques publicistes modernes, Weis[5] entre autres, adoptent la prohibition du blé à titre d'article de contrebande de guerre. Grotius et Hübner, comme nous le verrons plus bas, appliquent au blé le principe de la contrebande par accident. Mais la plupart des publicistes, et presque tous ceux de notre époque, Asuni[6], Galiani[7], Ortolan[8], Hautefeuille[9], Massé[10], n'en acceptent la prohibition dans aucun cas.

Six traités du XVIIe siècle stipulent la prohibition du blé, en raison de circonstances particulières qui expliquent cette déviation à la règle commune. Ces traités ne peuvent donc pas avoir une grande portée dans le droit international; ils sont spécialement dirigés contre des nations, auxquelles les puissances contractantes ne reconnaissaient pas le droit de souveraineté, nations considérées comme sujets rebelles. Ce sont les traités conclus entre l'Angleterre et l'Espagne en 1604 et 1630, durant la guerre de cette dernière puissance contre les Pays-Bas, toujours revendiqués par elle à titre de province. L'Espagne était alors la première puissance maritime, et l'Angleterre des Stuarts, tout en cherchant à lui être agréable, profitait de l'occasion pour ruiner le commerce de la république maritime du Nord. Le traité de la Hollande avec la Suède de l'année 1614 renferme la même stipulation. A cette époque la Hollande continuait depuis trente ans sa lutte acharnée contre ses anciens dominateurs; elle tournait contre l'Espagne, sous forme de représailles, la mesure même adoptée par cette puissance à son égard. Le traité conclu entre la Hollande et l'Angleterre en 1654 a la même portée. C'était sous Cromwell, l'Angleterre pouvait à peine encore rivaliser avec l'Espagne et la Hollande dans l'empire de la mer; fidèle

[1] V. Codex, lib. III, *Quæ res exportari non debeant.*
[2] *Comment. ad Grotium Cocceji.*
[3] *Mare clausum.*
[4] *De jure maritimo*, l. I, cap. IV, § 9.
[5] *Code maritime international*, part. II, § 34.
[6] *Droit maritime*, part. II, ch. II, n° 2, § 29.
[7] *De' doveri de' principi neutrali*, part. II, ch. 9, § 4, n° 5.
[8] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, v. II, liv. III, ch. 6.
[9] *Droits et devoirs des neutres*, part. II, tit. VIII, p. 376-384.
[10] *Droit commercial*, part. I.

Digitized by Google

au principe fondamental de sa politique de ruiner le commerce et la navigation des autres États, peut-être aussi entraînée par les sympathies protestantes et républicaines de son gouvernement d'alors, elle dirigeait cette fois contre l'Espagne la clause adoptée quarante ans auparavant, d'accord avec l'Espagne, contre la Hollande. Des considérations de la même nature peuvent être appliquées au traité conclu en 1661 entre l'Angleterre et le Danemark. La preuve la plus concluante du peu de valeur qu'il faut attribuer à ces traités, est relevée par le traité des Pyrénées de l'année 1659 : les vivres n'y sont point en général frappés de prohibition ; cependant la France s'engage, en cas de guerre de l'Espagne contre le Portugal, à considérer comme contrebande de guerre l'importation des vivres dans le territoire de cette dernière puissance. Cette clause singulière équivaut à un engagement de la France de considérer les Portugais comme des sujets rebelles de l'Espagne, dont ils venaient de secouer le joug, et, par conséquent, comme ne jouissant pas des priviléges des nations souveraines et indépendantes. Ainsi, en thèse générale, on peut établir que la jurisprndence des traités garantit la franchise du commerce des vivres.

Les législations intérieures des différents États n'offrent point la même uniformité; elles sont diversement influencées par les intérêts du moment. C'est ainsi que la Hollande a souvent relégué par ses édits, entre autres par celui de 1689, le commerce des vivres dans la catégorie de la contrebande de guerre. Dans le courant du XVIIIe siècle, l'Angleterre a adopté le même principe durant sa lutte avec la France; elle déclarait constamment par ses ordres du conseil les vivres article de contrebande de guerre. Si elle s'est abstenue de cette pratique dans sa guerre contre ses colonies du Nouveau-Monde, nous devons attribuer cette modération au prestige de la neutralité armée. En 1793, elle revint à son ancien système. A cette époque, la Russie elle-même, en lutte avec la France, consentit à assimiler les vivres aux articles de contrebande de guerre, aux dépens mêmes de ses intérêts commerciaux et contrairement aux principes permanents de sa politique [1].

[1] V. dans le *Recueil* de Martens (t. V) la note du cabinet russe à ceux de Danemark et de Suède, ainsi que la réponse de ces derniers. Nous re-

Digitized by Google

Dans la longue lutte de l'Empire français contre l'Angleterre la question de contrebande de guerre étant absorbée par le blocus fictif, le commerce du blé subit le sort de toutes les branches du commerce maritime.

Nous citons à regret ces exemples d'ingérence de la législation intérieure des États dans le domaine des questions exclusivement réservées au droit international, comme l'est incontestablement celle du commerce des neutres.

On a souvent confondu le commerce des grains, comme contrebande de guerre, avec le blocus. Vattel lui-même, dans l'énumération qu'il donne des marchandises de contrebande de guerre, observe qu'on peut y ajouter les vivres mêmes, « *en certaines occasions où l'on espère de réduire l'ennemi par la faim* [1]. » Cette observation a fait croire aux uns que Vattel admet la contrebande par accident, aux autres qu'elle se *rapporte* exclusivement au blocus. Les traités même qui frappent de prohibition le commerce des vivres à titre de contrebande de guerre, ont souvent donné lieu à des malentendus dans la pratique de la guerre; tantôt on a borné la prohibition aux ports bloqués seuls, tantôt on l'a étendue à tout le territoire de l'ennemi. Nous voyons un exemple remarquable de ce malentendu dans l'application du traité de 1794 de l'Angleterre avec les États-Unis d'Amérique à l'époque de la guerre de l'Angleterre avec la France. D'ailleurs ce traité, auquel nous aurons l'occasion de revenir, ne frappe point de prohibition absolue le commerce des grains; il applique à ce commerce les principes de la contrebande par accident. Il existe cependant une énorme différence entre le blocus d'un port et la prohibition de l'approvisionnement de

marquons dans la réponse danoise le passage suivant : « La déclaration ne « concerne nullement le Danemark, puisque rien ne prouve qu'il ait jamais « fait porter des munitions de guerre en France. La prohibition du com- « merce des grains, ainsi qu'on l'entend aujourd'hui, peut être une chose « assez indifférente au parti que l'impératrice de Russie a embrassé, mais « il n'en est pas ainsi pour le Danemark, parce qu'une telle condescendance « emporterait le sacrifice de ses droits, de ses traités et de son indépendance « qu'il veut maintenir. Au reste, la cour de Copenhague s'abstiendra d'en- « trer dans un examen plus approfondi de cette affaire, puisque l'impéra- « trice Catherine a cru devoir récuser le seul juge que l'on pourrait re- « connaître, le droit commun des nations. » Martens, *Recueil*, t. V, p. 592.

[1] *Droit des gens*, l. III, ch. VII, § 112.

Digitized by Google

tout le territoire ennemi. Il s'agit dans le premier cas de réduire par la famine la garnison ennemie, nullement la population même, à laquelle il est toujours permis de sortir de la ville bloquée.

Dans le second cas, les calamités de la famine frappent au même degré la population entière de tout le pays. Or si le droit de guerre autorise à titre de mesure stratégique le blocus d'une ville, on ne peut pas étendre au profit du belligérant le droit du blocus fictif à l'égard de tout le territoire [1]. Dans le système qui reconnaît la contrebande par accident, la première catégorie de Grotius constitue la contrebande de guerre absolue, y compris toutefois le soufre, le salpêtre et quelques autres produits analogues. Quant à la troisième catégorie de Grotius, la plupart des produits qui y sont classés, et parfois la totalité, constitue ce qu'on appelle *la contrebande par accident*, ces objets pouvant être qualifiés de contrebande dans certains cas. Selon ce système, les produits de cette catégorie sont donc tantôt libres, tantôt prohibés; mais dans ce dernier cas même ils ne sont pas confiscables. Ils peuvent être simplement séquestrés, ou bien acquis par le belligérant, sauf indemnité en faveur du propriétaire.

L'idée même de la contrebande par accident découle d'un principe erroné. Dans ce système, la prohibition de la contrebande de guerre est fondée uniquement sur le droit du belligerant et nullement sur l'obligation du neutre; le droit du belligérant est celui de légitime défense, autrement dit — droit de nécessité; mais cette légitime défense, cette nécessité sont comprises ici plutôt dans le sens de l'intérêt et de l'utilité. Il en résulte que toutes les fois que l'importation d'un produit dans le territoire de l'un des belligérants devient préjudiciable aux intérêts de son adversaire, ce dernier a le droit de s'y opposer. Parmi les auteurs qui ont adopté ce système, nous citerons en première ligne Grotius et Hübner. Quant à Bynkershoëk et Ortolan, ces auteurs, tout en rejetant en principe la contrebande par accident, croient devoir concéder quelque chose à l'exigence des situations, et reconnaître aux belligérants le droit d'étendre la prohibition, en certaines circon-

[1] Asuni, *Droit maritime*, v. II, ch. XI, art. 2, § 29.

Digitized by Google

stances, à des objets évidemment destinés à la guerre. Résumons les théories respectives des auteurs que nous venons de citer.

Grotius[1] partage tous les objets du commerce en trois catégories au point de vue de leur usage pour la guerre ou pour la paix, ou bien pour la guerre et pour la paix à la fois. La première catégorie est toujours contrebande de guerre; la seconde ne l'est jamais; quant à la troisième, qu'il qualifie de *usus anticipitii*, « elle n'est pas généralement, dit-il, contre-« bande de guerre, mais elle le devient dans certaines cir-« constances; car, si je ne puis me défendre sans empêcher « l'importation de certaines marchandises dans le territoire de « mon ennemi, c'est la nécessité qui me donne le droit d'ar-« rêter ces marchandises, en m'engageant à les restituer au « propriétaire après la guerre. » « Il y a même des cas, « ajoute-t-il, où cette obligation de restitution n'existe pas, « dans le *siége* d'une ville, par exemple, ou dans le *blocus*[2]. »

Il est aisé de comprendre que la *nécessité de la défense*, invoquée par Grotius, est d'un sens élastique à l'infini dans la pratique de la guerre, et que l'application de ce principe est toujours réservée au belligérant lui-même et à ses convenances; il ne l'est pas moins de relever la confusion entre le *blocus* et la contrebande de guerre.

Hübner[3] admet en principe la division établie par Grotius; mais il la modifie en ajoutant à la première catégorie les vaisseaux de guerre et tous les objets qui servent à la construction et à l'armemcnt de ces vaisseaux. Il classe dans la seconde catégorie les métaux précieux, le cuivre, le plomb, le fer, l'acier, le salpêtre, le goudron, le combustible, le bois de construction et tout ce qui sert à la construction et à l'armement de navires de petites dimensions, les étoffes, les habillements confectionnés, etc. Ce sont les objets d'un usage égal dans la guerre comme dans la paix. La troisième catégorie de Hübner est réservée aux produits étrangers à la guerre.

[1] « Primum distinguendum est inter res ipsas. Sunt enim quæ in bello « tantum usum habent, ut arma; sunt quæ in bello multum habent usum « ut quæ voluptati inserviunt; sunt quæ in bello et extra bellum usum « habent ut pecuniæ, commeatus, naves et quæ navibus adsunt. » (*De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. I, § 5, nos 2-7.)

[2] Endroit cité.

[3] *De la saisie des bâtiments neutres*, t. I, part. II, ch. I, §§ 5 et suiv.

Digitized by Google

Cette division ne sert pas cependant à la définition de la contrebande de guerre absolue ou par accident, qu'il appelle, lui, *contrebande au premier ou au second chef*. La distinction qu'il adopte entre ces deux espèces de contrebande dépend de la destination du vaisseau. Tous les objets des deux premières catégories deviennent contrebande absolue (au premier chef) lorsqu'ils sont dirigés sur un point investi ou bloqué. Ces mêmes objets deviennent contrebande par accident lorsqu'ils sont destinés à des ports de commerce. Si la destination du vaisseau est un port militaire, un camp, une flotte — les objets de la première catégorie sont contrebande absolue (au premier chef); ceux de la seconde — contrebande par accident (au second chef). Les objets de la troisième catégorie même sont classés dans la contrebande par accident (au second chef), lorsqu'ils sont destinés à un port militaire, au camp ou à la flotte de l'ennemi, ou bien lorsque les neutres, tout en fournissant ces objets à l'un des belligérants, les refusent à l'autre. Par conséquent, les marchandises de la première classe ne sont pas toujours contrebande absolue; celles de la seconde le sont quelquefois; celles-là ne sont pas toujours confiscables, celles-ci le sont quelquefois. Ce système nous paraît moins logique que celui de Grotius. La confusion quant au blocus y est frappante. En adoptant une distinction fondée, non sur la nature des *choses*, mais sur leur destination, et en autorisant l'importation des marchandises de contrebande de guerre dans un port de commerce ou dans un port non bloqué du territoire ennemi, le belligérant serait en droit d'exiger des garanties qu'elles ne seront point de là dirigées par voie de terre dans la localité même, où il ne les laisse pas pénétrer par voie maritime. En pratique, le système de Hübner nous paraît inadmissible. Comment espérer, en effet, que le belligérant, voyant passer sous le canon de sa croisière une cargaison de poudre, par exemple, ne s'en emparera pas, et cela par la seule raison qu'elle doit être consignée non dans le port même dont il ferme l'accès, mais dans un port de commerce situé à proximité, lorsqu'il est évident que ces munitions de guerre sont destinées à l'approvisionnement de la ville bloquée? Quant à la classification des marchandises de la troisième catégorie de Hübner, de celles qui ne sont d'aucun usage dans la guerrre, parmi les objets de contrebande par accident, par la seule

Digitized by Google

raison qu'elles sont destinées à un port militaire qui n'est pas bloqué (en cas de blocus il ne s'agit plus de contrebande de guerre) — il n'y a pas de raison à faire valoir en faveur de ce droit exorbitant.

Bynkerskoëk[1] déclare contrebande de guerre la première catégorie seule de Grotius, et il pense qu'on ne doit pas qualifier de contrebande les matières premières qui, par l'industrie, peuvent être converties en objets destinés à la guerre; car, dit-il, presque toutes les matières premières peuvent être appliquées à un usage quelconque dans la guerre, et, par conséquent, la prohibition équivaudrait dans ce cas à la suppression complète du commerce des neutres avec les belligérants. Il admet cependant certaines exceptions à la règle générale, en accordant au belligérant le droit de s'opposer à l'importation de quelques objets qui, sans pouvoir être qualifiés proprement contrebande de guerre, peuvent devenir utiles à la guerre, lorsque son adversaire en manque au point de ne pas pouvoir continuer la guerre. « Tels pourraient être, par exemple, dit-il, les matériaux nécessaires à la construction et à l'armement des vaisseaux. » Il se permet cette licence, paraît-il, dans le but de justifier la Hollande, sa patrie, qui, à l'apogée de sa puissance maritime, a quelquefois frappé de prohibition par ses édits (années 1652, 1657 et 1689) les matériaux de construction maritime et même les grains.

Ortolan, après avoir combattu les publicistes anglais, qui acceptent la contrebande par accident, qualifiée par lui de contrebande *ad libitum*[2], signale cependant de son côté certains abus du commerce des neutres à titre de contrebande déguisée[3]. Il place dans cette catégorie le fer, les matériaux de construction des vaisseaux de guerre et d'autres marchandises analogues; mais, dans aucun cas, il ne permet la prohibition des vivres et de tout objet de première nécessité pour une société paisible.

On a voulu avancer que Vattel reconnaît la contrebande par accident, ou qu'il admet, en certains cas, la prohibition des

[1] *Quæstiones juris publici*, l. I, ch. X.

[2] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, v. II, l. III, ch. VI, p. 184-194.

[3] Endroit cité, p. 166 et 194-196.

Digitized by Google

vivres eux-mêmes, « lorsqu'on espère réduire l'ennemi par la faim [1]. » Nous croyons que cette opinion de Vattel se rapporte plutôt au blocus, et nous avons eu déjà l'occasion de signaler qu'il y a parfois confusion à cet égard dans l'ouvrage de Vattel. Quoi qu'il en soit, sa pensée est trop vague pour en induire que le célèbre publiciste a admis la contrebande par accident. Parmi les traités, nous n'en connaissons que deux qui aient reconnu la contrebande par accident : ce sont ceux de l'Angleterre avec les États-Unis d'Amérique de l'année 1794 [2] et de l'Angleterre avec la Suède de l'année 1803 [3]; ces traités furent de courte durée. Le premier admet le principe de la contrebande par accident, sans en déterminer les objets. Il étend le droit du belligérant aux « provisions de bouche et *autres articles*; » le second traité, au contraire, limite ce droit aux provisions et aux munitions navales [4].

— Après avoir ainsi exposé l'opinion des publicistes et les stipulations des traités, nous allons essayer de formuler les conséquences à tirer de notre théorie, quant aux objets qui constituent la contrebande de guerre.

Nous avons dit plus haut que les neutres sont tenus de s'abstenir de toute action tendant à fortifier les ressources militaires du belligérant et à lui fournir les moyens de faire du mal à son ennemi. Ils ne doivent, par conséquent, fournir aux belligérants aucun des objets qui sont d'un usage soit purement militaire, soit destinés, *avant tout*, à la guerre, objets dont la privation ne cause point de préjudice sérieux à la population paisible. Ces objets seuls, à notre avis, peuvent être qualifiés de contrebande de guerre. Quant à leur énumération, c'est l'œuvre pratique réservée aux traités, la science ne pouvant formuler à cet égard de principes permanents. Tel objet qui, dans l'état actuel de l'art militaire, est peu usité dans la guerre, peut acquérir plus tard, par le développement même de cet art, une importance prépondérante, et *vice versâ* — tels objets, qui sont aujourd'hui qualifiés à juste titre contrebande de guerre, peuvent acquérir par la suite une grande

[1] *Droit des gens*, liv. III, ch. VII, § 112.
[2] Martens, *Recueil*, part. V, p. 656.
[3] Martens, *Recueil*, part. VII, p. 91.
[4] Nous parlerons plus au long de ces deux traités à la fin de ce chapitre.

Digitized by Google

importance dans les arts de la paix, et dans ce cas, en vertu du principe même que nous venons d'admettre, ils devront obtenir la franchise, quelle qu'en fût d'ailleurs l'importance dans la guerre. Pour ce qui est de l'application pratique de ce principe, nous croyons que le traité de 1766 entre la Russie et l'Angleterre (article 11), tous les traités de la neutralité armée (art. 2), la convention maritime de 1801, la plupart des traités conclus en dernier lieu entre différents États, offrent une énumération correcte des objets de contrebande de guerre [1].

En principe donc, nous considérons comme objets de contrebande de guerre : 1° les armes de toutes espèces, armes à feu ou armes blanches, armes agressives ou défensives, ainsi que leurs accessoires immédiats, poudre, bombes, boulets, balles, affûts, etc., etc.; 2° les vaisseaux de guerre proprement dits, et nommément les vaisseaux chargés de batteries ou construits pour recevoir des batteries, vaisseaux blindés, monitors, etc. — mais nullement les vaisseaux de telle ou telle autre dimension; 3° le soufre, le salpêtre, même le plomb et la fonte, qui appartiennent évidemment à la contrebande de guerre, car tout en admettant qu'ils sont d'une certaine utilité dans la vie de paix et qu'ils ne sont pas d'un usage immédiat dans la guerre, ils servent cependant à la fabrication de la poudre, des boulets, etc. Le charbon végétal par contre, quoiqu'il entre aussi dans la composition de la poudre, ne peut, dans aucun cas, être déclaré contrebande de guerre, car il est de première nécessité dans la vie paisible. Le charbon de terre joue certainement un très-grand rôle dans la marine militaire de notre époque; mais il ne peut pas être non plus déclaré contrebande de guerre, par la raison qu'il constitue une des forces vitales de l'industrie manufacturière et des usines. Admettons encore, à titre d'exemple, la prohibition des selles de cavalerie, car la population paisible peut s'en passer sans de grands inconvénients dans la plupart des pays de l'Europe, tandis qu'elles sont d'une importance majeure pour

[1] Ces traités contiennent, à peu de différence près, l'énumération suivante : les canons, mortiers, armes à feu, pistolets, bombes, grenades, boulets, balles, fusils, pierres à feu, mèches, poudre, salpêtre, soufre, cuirasses, piques, épées, ceinturons, poches à cartouches, selles et brides.

Digitized by Google

l'armée; mais nous ne pouvons pas étendre cette prohibition aux chevaux, à raison des services qu'ils rendent à la population paisible. Remarquons cependant que la prohibition des selles mêmes ne peut être admise que dans les pays de l'Europe, car dans les contrées où la plupart des voyages se font nécessairement à cheval, à cause de l'état des voies de communication, comme par exemple en Asie, les selles sont d'une utilité majeure, et une théorie rationnelle ne peut guère les qualifier de contrebande. C'est ainsi que le même objet, à la même époque, mais dans différents pays, sous différentes conditions, est tantôt de contrebande, tantôt de commerce libre. C'est l'affaire des traités de décider quels sont les objets qui, pour un certain pays, à la suite de différentes conditions du lieu, doivent être qualifiés de contrebande.

Mais il est bien entendu que ce n'est pas au belligérant lui même qu'il faut confier cette appréciation, qu'on ne peut pas admettre la contrebande par accident. Observons de plus que les armes et les munitions ne doivent pas être considérées comme objets de contrebande de guerre, lorsqu'à bord d'un vaisseau la quantité en est proportionnée aux besoins mêmes de ce vaisseau, par exemple à sa défense contre les pirates[1], ces objets faisant partie des approvisionnements du vaisseau et non de la cargaison. Ce principe est admis dans la pratique de la guerre, il est sous-entendu dans les traités, et quelques-uns de ces derniers le stipulent d'une manière expresse, comme par exemple ceux de la Russie avec l'Angleterre du 20 juin 1766 (art. 17) et du 21 février 1797, ainsi que tous les traités de la neutralité armée de 1780 et 1800, et la convention maritime de l'année 1801[2].

Nous qualifions donc contrebande de guerre, non-seulement la totalité des objets destinés exclusivement à la guerre, et classés dans la première catégorie de Grotius, mais aussi une partie des objets employés par une société paisible, tels que soufre, salpêtre, plomb, fonte, selles de cavalerie. Dans

[1] Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, part. II, p. 420.

[2] Après l'énumération des objets de contrebande, ces traités contiennent la stipulation suivante : « Excepté toutefois la quantité des susdits articles « qui peut être nécessaire pour la défense du vaisseau et de ceux qui en « composent l'équipage. »

Digitized by Google

ce système la troisième catégorie de Grotius serait divisée en deux classes : 1° les objets principalement employés dans la guerre, et dont la société paisible peut se passer sans graves inconvénients; 2° ceux dont le principal emploi tient à la paix. La première de ces classes est toujours contrebande de guerre, la seconde ne l'est jamais.

La plupart des traités contemporains se placent à un point de vue analogue au nôtre, quoiqu'il ne soit pas toujours soutenu jusqu'à ses dernières conséquences.

Nous croyons devoir faire remarquer, quant à l'interprétation des stipulations des traités à l'égard de la contrebande de guerre, que l'énumération des marchandises de la première catégorie de Grotius, de celles qui servent exclusivement à la guerre, y est simplement démonstrative, la prohibition étant fondée plutôt sur la nature de la marchandise que sur la disposition déclarative du traité; c'est ainsi que les armes et les munitions, qui ne seraient pas nominativement spécifiées dans le texte du traité, n'en seraient pas moins comprises dans la prohibition[1]. Quant aux objets qui servent à la guerre comme à la paix, l'énumération en est essentiellement limitative, ne s'appliquant qu'aux seuls objets indiqués dans le texte du traité; dans ce cas c'est moins la nature de la marchandise que la disposition du traité qui détermine cette qualification[2]. Borner la contrebande de guerre aux seuls objets employés uniquement dans la guerre, nous ne le pouvons pas, au risque de tomber dans une série d'inconséquences, ou bien de limiter la sphère de la contrebande de guerre aux dépens du droit et même du bon sens. C'est qu'à la rigueur il n'y a presque pas d'objet, employé dans la guerre, qui ne trouve un emploi quelconque dans l'industrie paisible, et pour être conséquent on serait obligé de reconnaître que la poudre même et les armes à feu ne doivent pas être qualifiés de contrebande : on en fait usage dans la chasse, dans les feux d'artifice[3].

[1] On lit dans plusieurs traités après l'énumération des objets de contrebande : « Et en général tout ce qui est compris sous la dénomination « d'armes, de provisions et munitions de guerre, de quelque espèce qu'elles « pussent être. »

[2] Massé, *Droit commercial*, part. I, § 210.

[3] C'est ce qu'observe Bynkerskoëk dans ses *Quæstiones juris publici* :

Digitized by Google

D'autre part il nous paraît injuste de trop élargir la sphère de la contrebande en y introduisant tout ce qui peut servir dans la guerre, et tous les produits qui par le travail reçoivent une destination nouvelle, étrangère à la vie paisible. Plusieurs publicistes sont tombés dans cette extrémité, tantôt en qualifiant tous ces objets contrebande de guerre, à l'instar de ceux de la première catégorie de Grotius, tantôt en en formant une classe spéciale, la contrebande par accident. Les uns et les autres sont partis d'un principe erroné : perdant de vue les obligations imposées aux neutres eux-mêmes à l'égard des belligérants, ils ont attribué exclusivement aux droits de ceux-ci les restrictions imposées au commerce des neutres par l'état de guerre. Dans ce système il est impossible de prévenir, au point de vue pratique, la confusion du droit avec l'intérêt de celui qui exerce ce droit. Dans notre système, c'est le devoir du neutre qui est considéré comme source du droit du belligérant ; or ce devoir est en rapport direct avec la nature des objets, nullement avec les convenances du belligérant. C'est pourquoi nous ne pouvons reconnaître d'autre distinction entre les marchandises libres et celles de contrebande que l'emploi auquel elles sont destinées de préférence.

Ceux qui fondent la prohibition uniquement sur le droit du belligérant ne peuvent pas en préciser les limites ; ils sont obligés de s'en rapporter à la pratique de la guerre, et d'élargir le cercle des objets prohibés autant de fois que pourra le désirer dans son propre intérêt celui qui exerce une influence prépondérante sur la mer. En outre ce système adopte un point de vue erroné à l'égard du *droit de nécessité* ou de légitime défense. Grotius[1], Volf, Vattel[2], Klüber[3] et plusieurs autres publicistes admettent le droit qui émane de la nécessité[4].

« Paucissima sunt belli instrumenta, quæ non extra bellum prebeant usum « sui. Enses gestamus ornamenti causa, gladiis advertimus in facinorosos, « et ipso pulvere bellico utimur pro oblectamento, et ab testandam publice « lætitiam. » Lib. I, cap. X.

[1] *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. II, § 6.

[2] *Droit des gens*, l. II, § 119.

[3] *Das Europäische Völkerrecht*, § 44.

[4] Voici la définition du *droit de nécessité* adoptée par Klüber : « L'obliga- « tion de se conserver soi-même, l'emportant sur toutes les autres, la lé-

Digitized by Google

Nous croyons que la nécessité excuse, en certains cas, la non-exécution d'un devoir, mais ne peut jamais nous donner le droit de commettre une action qui viole le droit d'autrui. Elle ne peut pas créer un droit, de même que la folie, par exemple, qui dans la législation pénale est une cause de non-imputabilité, ne donne pas cependant le droit de commettre des crimes. En admettant même, suivant l'autorité des publicistes célèbres que nous venons de citer, ce droit de nécessité, nous croyons qu'il doit être strictement précisé dans la théorie même du droit des gens, pour qu'il ne devienne pas élastique, dans son application arbitraire, au gré de nos convenances : le danger, le dommage qu'il s'agit de combattre par la lésion d'un droit existant et universellement reconnu, doit être extrême et de nature à ne pouvoir être évité sans lésion du droit d'autrui. Un vaisseau qui navigue loin des côtes et dont l'équipage risque de périr de faim, rencontre un autre vaisseau et exige de lui une partie de ses provisions de bouche; il s'en empare de force même, sauf indemnité. C'est ainsi que doit être compris le droit de nécessité. Mais ce n'est pas ainsi que le comprennent les auteurs qui élargissent le cercle des objets de contrebande de guerre, soit en comprenant plusieurs marchandises dans la prohibition absolue, soit en admettant la contrebande par accident, en vertu du droit de nécessité du belligérant. On ne peut pas cependant attribuer à la nécessité, dans le droit international, une signification plus large que celle qui lui est assignée dans la législation positive[1]. La loi criminelle, par exemple, châtie toujours le vol sans égard même pour les cas de misère extrême qui le font commettre.

Dans la question actuelle le droit de nécessité peut acquérir une élasticité fatale à l'égard des droits des neutres, dont le commerce avec l'un des belligerants est nécessairement préjudiciable aux intérêts de la partie adverse, par la raison

« sion de quelque droit que ce soit doit être excusée si, dans un cas de né-
« cessité évidente et absolue, un État placé entre quelque obligation envers
« un autre État et celle que lui impose sa propre conservation, donne la
« préférence à la dernière et se dispense en faveur de la nécessité, appelée
« même par quelques-uns *droit de nécessité.* » (*Das Europäische Völkerrecht*, § 44.)

[1] Klüber, *Das Europäische Völkerrecht*, § 44.

Digitized by Google

même qu'il profite à son ennemi. Mais le droit international ne peut pas reconnaître au belligérant le droit de nuire à son adversaire par toutes les voies possibles. Dès la plus haute antiquité les progrès de la civilisation imposaient certaines limites au droit de la guerre, et les peuples représentés dans le conseil amphyctionique s'engageaient à ne point détruire les récoltes, à ne point combler les sources et les puits dans les guerres qu'ils se faisaient [1]. La grande tâche du droit international dans la guerre, c'est de faire valoir dans la guerre même *le droit* dans les limites du possible, et sous ce rapport le progrès est incontestable. Deux grands principes ont été généralement admis : celui d'abord qu'il ne faut pas faire à l'ennemi plus de mal que le but de la guerre ne le comporte, et en second lieu celui qu'il faut considérer comme ennemie l'armée seule de son adversaire et non la masse de la population. Or si l'on frappe de prohibition, à titre de contrebande de guerre, des objets dont le principal emploi est dans la vie paisible, tout en étant d'une certaine utilité dans la guerre même, tels que le fer, le bois de construction, les chevaux, il est évident que c'est surtout la population paisible qui en souffrira : elle est toujours beaucoup plus nombreuse que l'armée; le gouvernement est toujours plus au moins approvisionné de ces sortes d'objets, il est à même de prévoir la guerre. Ces souffrances de la population paisible deviennent intolérables lorsqu'on frappe de prohibition des objets de première nécessité, tels que les vivres, les étoffes, etc., selon la théorie admise par quelques auteurs, théorie erronée, issue d'un faux principe. Dans aucun cas on ne saurait considérer ces objets comme destinés proprement à la guerre, au fait même du combat. Certainement on ne peut pas faire la guerre sans avoir des approvisionnements, comme on ne peut pas la faire sans une provision de poudre ; mais est-ce une raison de confondre les grains avec la poudre à canon, en déclarant ceux-là contrebande de guerre au même titre que celle-ci ? L'erreur est tellement évidente qu'elle conduit nécessairement les auteurs qui y sont tombés à confondre la prohibition de la contrebande de guerre avec le blocus. Nous citons à ce sujet l'observation de Bynkershoëk : « Si omnem materiam prohibeas, ex qua

[1] Wheaton, *History of the international law*, p. 1, introduction.

Digitized by Google

« quid bello aptari possit, ingens esset catalogus rerum prohi-
« bitarum, quia nulla fere materia est ex qua non saltem ali-
« quid bello aptum facile fabricemus[1]. » Et en effet, à peine y a-t-il strictement parlant un objet quelconque, dont l'emploi ne puisse pas être appliqué à la guerre. Heineccius, de son côté, signale un fait plaisant dans les phases du droit des gens, tout en cherchant à le justifier à sa manière et selon le système malheureusement admis par lui. Il s'agissait de décider entre l'Angleterre et l'Espagne, si le tabac doit être considéré comme contrebande de guerre. Les Espagnols insistaient sur la confiscation, en déclarant le tabac provision de bouche; les Anglais, jaloux de la liberté de leur commerce, assuraient que le tabac ne sert pas à la nourriture du soldat, et lorsque les Espagnols eurent confisqué la cargaison de tabac, les Anglais usèrent de représailles à l'égard du commerce espagnol. Heineccius, fidèle à ses prémisses, dit que le bon droit était du côté de l'Espagne, vu que les soldats fument et prisent du tabac[2].

Ainsi la contrebande de guerre doit être strictement circonscrite dans les limites qui lui sont tracées par le droit international. Ces limites ne doivent jamais être arbitrairement élargies au détriment du commerce des neutres et au préjudice des besoins paisibles de la population de l'état belligérant lui-même. On a essayé de concilier les intérêts du belligérant avec les droits des neutres au moyen de la contrebande par accident : on n'a pas multiplié la prohibition absolue, qui implique la confiscation, mais par contre on a reconnu aux belligérants le droit de séquestre ou de préemption à l'égard de certains objets d'usage mixte, ou bien de toute espèce de marchandises en certains cas.

Ce principe ne peut être admis par la science du droit. Nous ne reconnaissons que deux catégories d'objets : la contrebande de guerre et la marchandise libre, sans pouvoir admettre de classe intermédiaire, dont la détermination serait toujours arbitraire. Nous acceptons la prohibition de la contrebande de guerre à titre de principe absolu; c'est une exception à la règle générale de la liberté du commerce, et

[1] *Quæstiones juris publici.* lib. I, cap. X.
[2] *De navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis,* § 14.

Digitized by Google

comme telle, elle doit rester dans les limites de la loi qui la constitue, à l'abri de toute modification. Nous avons accepté la modification dans l'énumération même des marchandises prohibées, selon les exigences de l'époque et en rapport avec le développement de l'art militaire et des besoins de l'industrie paisible; mais nous n'admettons point de modification quant au principe lui-même. En accordant au belligérant le droit d'étendre au gré de ses convenances les limites de la prohibition, on bouleverse la liberté du commerce des neutres et l'on viole les principes mêmes du droit international[1].

D'ailleurs ce système, vicieux en principe, n'est pas de nature à concilier les droits des neutres avec les intérêts des belligérants; ceux-là sont sacrifiés à ceux-ci. Le séquestre est essentiellement préjudiciable aux intérêts du propriétaire. Le droit de préemption conduit au même résultat. Le principe théorique que le propriétaire de la marchandise, dans l'un comme dans l'autre cas, doit recevoir une indemnité équitable (*æquo pretio*), ne peut jamais être rigoureusement appliqué dans la pratique. Dès qu'on aura établi un droit d'un côté, et par conséquent une obligation de l'autre, il en résulte une situation incompatible avec le principe même du commerce, qui implique le droit de débattre les conditions de la vente et de l'achat en toute liberté. Le négociant neutre ne trouvera peut-être pas son compte à céder sa marchandise dans un endroit autre que celui de sa destination, fût-ce à un prix plus élevé que celui qu'il avait en vue : c'est que le commerce ne consiste pas uniquement dans la vente d'une cargaison, mais dans une combinaison de plusieurs opérations, combinaison qui peut échouer lorsque les marchandises destinées à un port sont dirigées sur un autre point pour y être vendues; le négociant est mis par là dans l'impossibilité de remplir ses obligations à l'égard de ses correspondants et en général des personnes auxquelles il fournit les produits de son pays. Il est réduit de même à annuler les engagements contractés dans son propre pays pour la fourniture des marchandises d'importation, dont il se proposait de faire son chargement de retour. Dans le commerce la rupture d'un contrat amène celle de plusieurs autres, et il

[1] Hautefeuille, *Droits et devoirs des neutres*, v. II, p. 273.

Digitized by Google

en résulte une perturbation générale. D'autre part le capteur d'une cargaison d'objets de contrebande par accident n'en acquitte jamais le prix à l'heure même; la cause est référée au tribunal des prises; l'acquittement de l'indemnité est ajourné; mais « le temps c'est de l'argent[1], » comme disent les Anglais, nation commerçante par excellence. Nous ne parlons pas de l'intérêt maritime (change maritime, *cambio marítimo*) admis dans tous les Codes de commerce, qui obère les finances du navire, à raison de 30 p. 100 et de 40 p. 100 par an. En admettant même que l'acheteur belligérant agisse consciencieusement en toute chose et n'abuse nullement du droit dont il est investi, il est évident que le commerce des neutres est en butte à une situation intolérable; or, dans la plupart des cas, les puissances maritimes prépondérantes, portées à nuire au commerce des neutres, trouvent dans la contrebande de guerre par accident les moyens les plus efficaces pour arriver à leur but. A notre avis, la reconnaissance de la contrebande par accident est sous plusieurs rapports une plus grande violation des droits des neutres, que ne le serait la prohibition absolue d'un très-grand nombre de marchandises, et le droit pur et simple de confiscation à leur égard. En effet, la prohibition absolue oblige les puissances seules qui ont signé de tels traités et n'embrasse que les objets énumérés dans ces traités; tandis que le principe de la contrebande par accident peut s'étendre à tous les neutres et s'appliquer à tous les objets. Dans le premier cas les neutres savent à quoi s'en tenir, dans l'autre cas ils sont à la merci des belligérants; car, comme l'observe Bynkershoëk, qui sera donc le juge de la nécessité, invoquée par ceux-ci au détriment de la liberté du commerce des neutres[2]? Comme dans toutes les questions de droit, tout principe vague, qui implique l'arbitraire, est plus préjudiciable à la justice que ne le serait la loi précise la plus sévère. Telles sont les considérations qui nous portent à combattre le principe même de la contrebande par accident. Le commerce des neutres doit conserver toute sa liberté à l'égard de tous les objets qui ne constituent point la contrebande de guerre. On nous objectera que, tout en admettant dans la théorie cette vérité incontestable, l'applica-

[1] « *Time is money.* »

[2] « Quis arbiter erit ejus necessitatis, nam facillissimum est eam prætextere. » *Quæstiones juris publici*, l. I, cap. X.

Digitized by Google

tion en serait souvent très-difficile pour les belligérants, et que, pour y remédier, il faudrait au moins stipuler dans les traités la vente obligatoire de certains objets qui sont d'une importance majeure dans la guerre. Ce compromis, dira-t-on, garantira les neutres eux-mêmes, car il est difficile d'admettre que le belligérant laissât fournir son adversaire d'objets, dont le manque aurait forcé celui-ci à demander la paix; le belligérant serait plutôt porté à la violation des traités qui auraient trop gêné son action dans la poursuite de la guerre; la situation s'en compliquerait de plus en plus, et il en naîtrait de nouvelles guerres.

Au point de vue de la science du droit, on ne doit pas s'arrêter devant de telles objections. Il ne s'agit de rien moins que d'une concession, qui ne servirait à la rigueur qu'à fortifier les prétentions des belligérants. Au point de vue pratique nous croyons devoir citer l'exemple des traités qui ont admis le principe de la contrebande par accident. Nous en connaissons deux : ceux de l'Angleterre avec les États-Unis d'Amérique, de l'année 1794[1], et avec la Suède, de l'année 1803[2]. Tous les deux furent de courte durée.

Voici le texte du § 2 du dix-huitième article du traité de 1794 : « Attendu que la difficulté de préciser les cas où *les « provisions de bouche* et autres articles, qui en général ne « sont pas de contrebande, peuvent être considérés comme « tels, fait qu'il est nécessaire de pourvoir aux inconvénients « et aux mésintelligences qui pourraient en résulter, il est « convenu que toutes les fois que ces articles, devenus de con- « trebande, suivant les lois existantes des nations, seront cap- « turés, il ne sera pas permis de les confisquer, mais il sera ac- « cordé aux propriétaires une indemnité prompte et complète : « les preneurs ou, à leur défaut, le gouvernement, sous l'au- « torité duquel ils agissent, feront payer aux maîtres ou aux « propriétaires des bâtiments la valeur entière de ces arti- « cles, en y ajoutant un profit mercantile raisonnable, et de « plus ils payeront le fret, ainsi que les frais de retard. » L'article 7 de ce même traité établissait une commission mixte d'Américains et d'Anglais, chargée de l'examen des réclamations en dommages-intérêts des négociants améri-

[1] Martens, *Recueil*, part. V, p. 656.
[2] Martens, *Recueil*, part. VIII, p. 91.

Digitized by Google

cains. Le traité donnait aux belligérants le droit de déclarer contrebande de guerre par accident les *provisions de bouche et tous les autres articles de commerce:* les circonstances dans lesquelles il fut conclu expliquent cette énorme latitude accordée aux belligérants[1].

En 1793 le gouvernement anglais, par un de ses « orders of council, » prohiba l'importation en France de toute espèce de provisions de bouche sous peine de confiscation. Les États-Unis d'Amérique, dont le commerce souffrait de cette prohibition, protestèrent. Le gouvernement anglais révoqua bientôt la prohibition. Mais, en débattant avec les États-Unis les conditions du traité de 1794, il insistait à y insérer les vivres dans l'énumération des objets de contrebande de guerre. Après de longs pourparlers la rédaction ci-dessus citée fut adoptée sur la proposition de l'Angleterre. Chacune des parties contractantes croyait par là avoir obtenu une solution conforme à ses vues particulières. Avant la ratification du traité de 1794, l'Angleterre ordonna à ses croisières de conduire dans les ports du Royaume-Uni toutes les cargaisons de vivres à la destination d'un port français[2], c'est-à-dire déclara les vivres *contrebande par accident.* Les Américains protestèrent contre cette disposition, qu'ils considéraient comme une violation du traité récemment conclu. L'affaire fut référée à la commission. Elle y fut longuement débattue. Les commissaires anglais justifiaient l'acte de leur gouvernement par les considérations suivantes :

1. La famine sévissait en France; on espérait réduire la France à accepter la paix, et l'Angleterre, en frappant de prohibition les vivres, en acquittait pour son compte le prix, y compris le bénéfice commercial, le nolis et une indemnité équitable pour les jours d'arrêt; elle agissait donc non-seulement dans le sens du traité de 1794, mais aussi selon les prescriptions du droit international; elle invoquait l'autorité de Grotius, de Bynkershoëk, et ce passage connu de Vattel, où il est expressément dit que les vivres en certains cas, lorsqu'on espère réduire par la faim l'ennemi, sont contrebande de guerre[3].

[1] Voir à ce sujet, *History of the international law,* de Wheaton, période IV, § 5.

[2] Martens, *Recueil,* part. V, p. 674.

[3] Vattel, *Droit des gens,* l. III, ch. VII, § 112.

Digitized by Google

2. La Grande-Bretagne manquait elle-même de vivres à cette époque; menacée de famine, elle invoquait le droit de nécessité.

Au premier de ces arguments les Américains ripostaient :

1. Que l'acte du gouvernement anglais était contraire aux principes du droit des gens, vu que la plupart des auteurs n'ont point considéré les vivres comme objet de contrebande de guerre absolue ou par accident; les paroles de Vattel sont vagues et à double sens; dans tous les cas elles se rapportent plutôt au droit de blocus qu'à la contrebande, ce qui est évident, soit par l'exemple qu'il cite à l'appui de son opinion, soit par la raison même qu'il frappe de confiscation ces marchandises, tandis que les vivres ne peuvent être confisqués, si ce n'est en cas de rupture du blocus, comme l'Angleterre elle-même l'a reconnu dans ses traités.

2. Que le traité même de 1794 ne justifiait nullement l'acte du gouvernement britannique; que ce traité laissait la question *in statu quo*, les deux puissances contractances n'ayant pas pu préciser les cas où les vivres devenaient contrebande de guerre. En effet, le gouvernement américain avait cru limiter la prohibition au cas de blocus, tandis que le gouvernement anglais l'étendait à tous les cas où il y aurait moyen de réduire l'ennemi par la faim. C'est pourquoi les deux puissances avaient stipulé que « lorsque les vivres deviendraient « contrebande de guerre, *suivant les lois existantes des na-* « *tions*, ils ne seront pas confisqués, mais il sera accordé aux « propriétaires une indemnité prompte et complète, etc. » Il s'ensuit, disaient les Américains, que, comme le traité n'avait point décidé la question préjudicielle, à savoir quand les vivres peuvent devenir contrebande de guerre, et comme telle passibles du droit de préemption, on devait à cet égard suivre les prescriptions du droit des gens en limitant la prohibition au cas du blocus seul.

Quant au deuxième argument des commissaires britanniques, à celui de la situation du marché aux grains, les Américains ripostaient que les dispositions du gouvernement anglais auraient pu être justifiées seulement par une nécessité éminente, c'est-à-dire par une situation où, pour se sauver d'un mal suprême, il ne reste plus d'autre moyen que la violation du droit d'autrui. A l'appui de ce raisonnement ils in-

Digitized by Google

voquaient Grotius[1] et Bynkershoëk[2]. Or la situation n'était point telle. Les commissaires américains disaient en finissant que leur gouvernement se croyait en droit de répondre par des représailles aux mesures du gouvernement anglais. La commission décida d'accorder une indemnité complète pour les cargaisons arrêtées, et de payer en sus les dommages-intérêts. Le cabinet britannique renonça depuis à sa prétention et ne saisit plus les cargaisons de vivres en destination des ports français.

C'est ainsi que la stipulation du traité de 1794, quant à la contrebande par accident, échoua complétement dès qu'on voulut en faire l'essai dans la pratique de la guerre.

Passons au traité de Suède; voici le texte de l'article relatif à notre sujet : « Les croiseurs de la puissance belligérante exer-« ceront le droit de détenir les bâtiments allant vers l'ennemi « avec des chargements de provisions, poix, résine, gou-« dron, etc. » (suit l'énumération des objets désignés sous le nom de munitions navales), « et si les chargements ainsi exportés « par les bâtiments de la puissance neutre sont du produit du « territoire de cette puissance, et allant pour compte de ses su-« jets, la puissance belligérante exercera dans ce cas le droit « d'achat, sous la condition de payer un bénéfice de 10 p. 100 « sur le prix et en outre une indemnité pour la détention et « les dépenses nécessaires[3]. » Nous ne trouvons pas de traces de l'application de cet article dans la confusion générale de l'époque; on sait qu'il fut imposé à la Suède qui, six mois après, se hâta de l'annuler par « l'ordonnance de navigation » du 21 janvier 1804, et promulgua une liste de contrebande.

Ces faits viennent à l'appui de notre opinion à l'égard de la contrebande par accident. Quant à l'observation de M. Ortolan, qu'une grande puissance ne saura tolérer que les neutres viennent sous la bouche de ses canons approvisionner l'ennemi d'objets utiles dans la guerre, nous croyons que le seul moyen légal et rationnel d'y remédier, c'est de s'appliquer à attirer ces objets sur son propre territoire par des moyens artificiels, tels que la suppression de tout droit d'importation, des primes mêmes, et en offrant au commerce des

[1] *De jure belli et pacis*, l. II, cap. II, § 6, n° 2.
[2] *Quæstiones juris publici*, lib. I, cap. X.
[3] Martens, *Recueil*, t. VIII, p. 91.

Digitized by Google

conditions plus favorables que celles qu'il trouve chez son ennemi. Le belligérant peut même charger ses croiseurs d'acheter ces cargaisons sur mer de gré à gré. Nous convenons que cette mesure ne peut pas se prolonger beaucoup ; la production se développe dans la proportion même de la consommation, et les neutres pourraient peut-être fournir bien au delà des besoins du belligérant au détriment de ses finances. Quoi qu'il en soit, celui-ci est le seul juge des sacrifices à faire et des avantages qui en résultent pour la guerre; mais certes il n'est pas en droit de violer les principes du droit international et de ruiner le commerce des neutres, pour s'assurer les avantages qu'il revendique dans la poursuite de la guerre.

A. BASILY.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

DE L'INFLUENCE DE L'ABOLITION DE LA CONTRAINTE PAR CORPS sur la législation commerciale,

Par M. Eugène GARSONNET, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA LETTRE DE CHANGE.

« La lettre de change, a dit M. Rouher au Corps législatif, « est régie aujourd'hui par des dispositions à peu près sem- « blables dans tous les pays [1]. » Cette affirmation est loin d'être exacte. On a raison si l'on veut dire que, dans le règlement des détails pratiques tels que les obligations du porteur, les formes du protêt et les délais des recours, les diverses législations n'offrent pas entre elles des différences appréciables; mais de profondes divergences n'en existent pas moins et sur un point plus important. Tandis qu'en Allemagne, en Angleterre, dans d'autres pays encore, la lettre de change n'est pas nécessairement tirée d'un lieu sur un autre, cette condition est requise par le Code de commerce français et les lois étrangères qui s'en sont inspirées; et ce n'est pas là une disposition secondaire et sans intérêt, mais une règle fonda-

[1] Séance du 11 juillet 1867; *Moniteur* du 12, p. 934.

Digitized by Google

mentale dont les conséquences sont nombreuses et l'intérêt théorique considérable, car elle accuse un dissentiment sur la nature même et le principe de la lettre de change. Pourquoi faut-il qu'elle soit tirée d'un lieu sur un autre? Cette condition est-elle de son essence? N'est-ce pas plutôt une règle arbitraire et surtout une entrave au libre développement d'une institution nécessaire? Ces questions ne sont pas nouvelles. Entrevues dès 1807 par le Tribunat, lors de la rédaction du Code de commerce, posées pour la première fois par Einert en 1835, dans un livre devenu classique[1], nettement résolues, et dans un sens contraire à la pratique française, par l'ordonnance allemande du 24 novembre 1848, elles n'ont pas cessé d'être à l'ordre du jour. La loi du 22 juillet 1865, abolitive de la contrainte par corps, leur a donné une actualité nouvelle si, comme nous le pensons, la remise de place en place ne s'explique que par l'existence de la contrainte par corps, et si elle n'a été qu'une précaution désormais inutile contre les opérations civiles qui n'empruntent la forme de la lettre de change que pour en usurper les garanties. Aussi avons-nous cru opportun de revenir sur cette question, d'en préciser les termes et d'en proposer la solution; ce sera peut-être un service rendu aux futurs auteurs du Code de commerce réformé qu'on nous promet.

Exposer le système du Code de commerce, le comparer aux diverses législations étrangères, le discuter et démontrer qu'il ne doit pas survivre à la contrainte par corps, tel est le plan que nous nous proposons de suivre dans cette première étude.

I.

Le contrat de change d'où la lettre de change est sortie et les différences qui les séparent, ne nous arrêteront pas longtemps. Ces idées sont trop connues pour qu'il soit utile d'y insister. Tout le monde connaît le texte où le jurisconsulte Paul explique l'origine des transactions, comment les premiers hommes ne connurent que l'échange; comment il devint insuffisant quand une des parties ne put offrir à l'autre qu'une chose dont celle-ci n'avait pas besoin; comment, enfin, la

[1] *Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts in neunzehnten Jahrhundert*, von Dr. Carl Einert, Leipsig, 1839.

Digitized by Google

monnaie fut inventée et, par la création d'un signe qui représente toutes les valeurs, la vente substituée à l'échange [1]. Du même fait naquit le contrat de change : quand la monnaie fut créée, elle servit, comme les autres valeurs de matière aux conventions, et lorsqu'une personne eut intérêt à toucher dans un autre lieu et à une certaine époque une somme d'argent, elle chercha, au lieu de l'y porter elle-même, de courir les risques et de subir les frais de transport, quelqu'un qui s'engageât à la lui compter où et quand elle le voudrait. Ce fut le contrat de change, « un contrat, dit Pothier, par lequel je « vous donne ou je m'oblige de vous donner, une certaine « somme en un certain lieu pour et en échange d'une somme « d'argent que vous vous obligez de me fair compter dans « un autre lieu [2]. » C'est le procédé qu'employait Cicéron

[1] D., L. 1, pr., *De contr. empt.*, liv. 18, tit. 1. Einert donne à ce texte un sens un peu différent (*op. cit.*, p. 38, 39). Voici quelle serait, suivant, lui la pensée de Paul : dans l'ordre des temps la vente n'est pas postérieure à l'échange; l'échange était déjà une vente, mais une vente où l'on ne pouvait distinguer le prix et la chose vendue; la monnaie ne servit qu'à rendre la distinction plus facile. « Dans les temps anciens, dit Einert, où l'on ne « se servait que de l'échange, on opposait à une chose une autre chose et « non pas un prix : *olim non aliud merx, aliud pretium vocabatur;* c'est-à- « dire que, dans cet échange, la chose qui servait de prix ne se reconnaissait « à aucun caractère extérieur, *merx et pretium in permutatione discerni « non poterat.* Tout au moins le prix était différent à cette époque de ce « qu'il fut après la création de la monnaie et l'on pouvait seulement ap- « peler prix d'une manière toute relative ce que donnait chaque partie en « échange de ce qu'elle devait obtenir. » L'intérêt pratique de la question n'est pas considérable, mais cette interprétation ne me semble pas exacte. Quand Paul, dans ce texte, combat les Sabiniens qui faisaient de l'échange et de la vente un seul contrat, il ne peut pas admettre que l'échange soit une vente, et cette phrase *in permutatione discerni non potest uter sit emptor aut venditor*, ne veut pas dire : l'échange est une vente où l'on ne peut discerner le vendeur de l'acheteur, mais : l'échange n'est pas une vente parce que qu'on n'y peut discerner le vendeur de l'acheteur. Cujas me parait avoir mieux compris la pensée de Paul : « *Tractat autem « hoc libro* 33 *Paulus de contractu emptionis et venditionis : primum docet « emptionem et venditionem originem cepisse a permutatione, qui con- « tractus longe vetustior est emptione et venditione; nec fuit olim ulla « venditio, ulla locatio conductio ullusve nummorum usus, sine quibus « emptio venditio, locato conductio non consistit* » (*Comm. in lib.* 33 *Pauli ad edictum, ad hanc legem*).

[2] *Traité du contrat de change*, n° 2. On fait remarquer que la définition de Pothier est inexacte en un point. « D'après la définition, les deux parties « s'engageraient à compter ou faire compter une somme d'argent : l'obli- « gation de l'une comme de l'autre aurait donc poua objet une somme

Digitized by Google

pour faire passer de l'argent à son fils lorsqu'il étudiait à Athè-

« d'argent; or il n'en est rien : sans doute, il est indispensable que vous « vous engagiez à me faire toucher, et dans un autre lieu, une somme d'ar « gent; mais l'équivalent que vous recevez ou que vous devez recevoir de « moi peut parfaitement consister en toute autre chose que de l'argent; « exemple, en un simple engagement de payer une somme d'argent, ou en « marchandises ou en un immeuble dont je transfère ou dont je m'engage « à tranférer la propriété, ou en une obligation de faire, etc.... » (Bravard, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 6-7.)

Tous les auteurs repètent après Pothier que le contrat de change est un contrat à titre onéreux en ce qu'il est de son essence que le débiteur y reçoive un équivalent, et que ce caractère appartient aussi à la lettre de change. Ceci ne me paraît pas exact. Je demanderai d'abord si l'on pourrait faire annuler la lettre de change (et avec elle le contrat de change), alors que, conformément à l'article 110, elle énonce la valeur fournie, en prouvant que le preneur ne l'a pas effectivement fournie. La réponse n'est pas douteuse, et tout le monde conviendra que la question revient à savoir si la lettre de change a eu une cause et une cause licite, et qu'à cette seule condition elle est valable. D'autre part, il n'y a nul doute que le contrat de change et la lettre de change ne puissent servir à l'exécution d'une donation : nous ne supposerons pas, pour mettre de côté toute difficulté venant du déguisement, qu'*animo donandi*, je promets de vous faire avoir de l'argent dans tel lieu et que j'exécute cet engagement en vous remettant une lettre de change tirée sur cet endroit; mais nous prendrons, avec M. Demangeat (sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 16, note 1), l'exemple d'une personne qui, ayant promis de vous donner une somme d'argent dans la forme voulue par l'art. 931 du Code Napoléon, exécute cette donation dejà formée, par un contrat de change, en tirant ou en endossant à votre profit une lettre de change sur tel lieu. Voilà une opération parfaitement valable et qui est pourtant à titre gratuit. « En cas pareil, dit M. Demangeat, la lettre « de change intervient comme un instrument destiné à réaliser, non un « contrat de change, mais un acte de donation, et la valeur fournie c'est « la libération du donateur. » Si je ne me trompe, il y a là une erreur, car 1° si la lettre de change peut intervenir pour exécuter une donation, pourquoi le contrat de change n'interviendrait il pas dans le même but? 2° il y a si bien un contrat de change dans cette lettre de change qu'il faudra à peine de nullité qu'elle soit tirée d'un lieu sur un autre (C. com., art. 110, § 1). Quant à cette circonstance qu'il y a une valeur fournie qui consiste dans la libération du donateur, elle n'empêche pas le contrat de change d'être dans l'espèce à titre gratuit, pas plus qu'une *expromissio*, un cautionnement, un prêt sans intérêts ne cessent d'être à titre gratuit, parce qu'ils interviennent en exécution d'une promesse préexistante faite *animo donandi*. A ce compte tout acte fait en exécution d'une donation serait un acte à titre onéreux. La vérité est que le contrat de change et la lettre de change ne sont pas plus à titre onérenx que les autres contrats : tout ce qu'il y faut, c'est une cause licite, et du moment qu'elle y est, ils sont valables, que cette cause soit une contre-prestation du preneur ou l'avantage que trouve le tireur ou l'endosseur à se libérer d'une obligation qu'il a prise, même *animo donandi*. Seulement il faut de plus dans la lettre de change l'ex-

Digitized by Google

nes[1]. Comment exécuter le contrat? C'est l'affaire de celui qui prend l'engagement. Il peut, s'il le veut, porter lui-même l'argent au lieu convenu, il peut aussi s'adresser directement au correspondant qu'il a dans ce même lieu, et lui dire : payez à Primus ce que je lui ai promis; il peut enfin remettre à son créancier un écrit à vue duquel il recevra du correspondant de son débiteur la somme que ce dernier lui a promise. Cet écrit, c'est la lettre de change qui nous apparaît tout d'abord comme un moyen d'exécution plus rapide et plus sûr du contrat de change. Il s'en faut, d'ailleurs, qu'elle se confonde avec lui : il se forme entre deux personnes et elle exige l'intervention d'un tiers; il est purement consensuel et elle est soumise à des formes rigoureuses dont l'omission entraîne sa nullité comme lettre de change et la réduit à l'état de simple promesse[2].

pression de cette cause, et c'est en cela que consiste la mention de la valeur fournie sur laquelle nous reviendrons avec détails.

[1] Cicéron, *Ad Atticum*, XII, 24. Les Romains connaissaient donc le contrat de change. On l'a cependant contesté (Nouguier, *Traité de la lettre de change*, t. I, n° 6; Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Effets de commerce*, n° 2), se fondant sur la L. 4, § 1, D. *de naut. fæn.*, liv. 22, tit. 2, qui suppose qu'un prêteur à la grosse aventure envoie son esclave au port de débarquement du navire pour y toucher la somme convenue : évidemment, dit-on, si les Romains avaient connu le contrat de change, l'emprunteur aurait eu à Rome un banquier qui aurait remboursé le prêteur et l'aurait dispensé de déplacer ainsi son esclave. On n'a pas fait attention aux mots : *pro operis servi trajectitur pecuniæ gratia secuti* : le prêteur n'a pas pris à sa charge les risques de tout le voyage, mais seulement ceux du trajet de Rome à un port déterminé où le navire fera escale, et l'esclave n'est pas envoyé directement dans ce port, mais fait route avec le navire, débarque au lieu convenu et y touche l'argent destiné à son maître, si le navire y arrive sans avaries. L'esclave surveille donc pendant le voyage les intérêts de son maître, et cela ne prouve en rien que le contrat de change ait été ignoré des Romains (Cujas, *Comm. ad lib. 3. Responsorum Papiniani, ad hanc legem*).

[2] Le Code de commerce ne fait pas même mention du contrat de change; il en suppose, mais n'en constate pas l'existence; de même que, dans les dispositions assez nombreuses qu'il consacre à la lettre de voiture, il ne fait aucune allusion au contrat de transport dont elle n'est cependant que l'exécution. Nous lisons, au contraire, dans le Code portugais, que les obligations qui résultent du contrat de change sont les mêmes qu'entre vendeur et acheteur (art. 321), et dans l'ancien Code de Wurtemberg (le Wurtemberg a adopté le 6 mai 1849 l'ordonnance générale allemande) : « Le contrat de change est parfait par la remise de la lettre de change; il « n'est soumis à aucune condition particulière. » (Art. 541.)

Quant à la nullité de la lettre de change qui manquerait d'une des énon-

Digitized by Google

Nous n'insisterons pas davantage sur l'origine de la lettre de change. Ce n'est pas que la question soit absolument dénuée d'intérêt, car un auteur, enclin, il est vrai, à n'expliquer la lettre de change que par les données de la tradition, a dit avec raison : « Au fond de ces recherches, il y a un but « utile, un résultat réel. Une chose se comprend autant par « son principe que par sa nature, autant par son origine que « par son développement[1]. » Mais que la lettre de change ait été inventée par les Gibelins chassés de Florence et réfugiés à Amsterdam, ou par les Juifs expulsés de France et retirés en Lombardie, ou dans les foires du XIIIe siècle, ou enfin dans la première croisade de saint Louis[2], il y a un fait certain : la lettre de change a été créée au moyen âge pour éviter le transport réel de l'argent par des voies peu sûres, et échapper aux lois qui défendaient l'exportation du numéraire. Elle n'a donc été à son origine qu'un moyen d'exécuter le contrat de change, c'est-à-dire de faire toucher de l'argent à une personne dans un autre lieu. Les anciens auteurs ne l'ont jamais considérée autrement. « A peine, dit un Vénitien qui a écrit « sur ces matières, Baldasseroni, de semblables lettres furent-« elles connues que leur usage se répandit dans toute l'Eu-« rope avec une incroyable célérité et au grand avantage des « négociants pouvant ainsi, à l'aide d'une méthode fort simple, « recevoir et payer sans délai les sommes les plus considé-

ciations exigées par l'article 110, elle ne fait pas de doute; seulement, c'est en tant que lettre de change qu'elle est nulle, et elle conserve les effets d'une simple promesse, civile ou commerciale, suivant qu'elle sera intervenue, ou non, entre commerçants et pour faits de commerce. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point : « En présence d'une loi « qui attache à la formule des priviléges énormes, tout est nécessairement « de rigueur; si une des formalités a été omise, l'acte cesse d'être une lettre « de change, et devient une simple obligation commerciale si elle est signée « par les commerçants; civile si elle est signée par les non-commerçants » (Nancy, 5 avril 1845; D. 45, 2, 54.) La distinction avait un grand intérêt avant la loi du 22 juillet 1867, car la promesse commerciale aurait seule entraîné la contrainte par corps; elle en a encore, depuis l'abolition de la contrainte par corps, au point de vue de la compétence : le tribunal civil est compétent pour une promesse civile; le tribunal de commerce pour une promesse commerciale.

[1] Nouguier, *op. cit.*, t. I, n° 3.

[2] Toutes ces opinions ont été soutenues. Voir sur cette question historique, Dalloz, *op. et loc. cit.*, n°s 3-5; Nouguier, *op. cit.*, t. I, n°s 7-10; Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 225; Bugnet *sur Pothier*, t. IV, p. 475, note 1.

Digitized by Google

« rables sans courir tous les risques qui suivent le transport « effectif des espèces[1]. » — « Ce contrat, dit Pothier en par- « lant du contrat de change, s'exécute par le moyen de la « lettre de change[2]. » — « Le contrat de change a été intro- « duit, dit Merlin, pour éviter le transport réél de l'argent qui, « outre les frais et les risques, apporterait un retard au com- « merce que l'on ne voit fleurir que depuis l'invention des « lettres de change[3]. »

Encore aujourd'hui, la lettre de change n'est pas autre chose, du moins en France, et il est facile de reconnaître dans le Code de commerce les nombreux emprunts qu'il a faits à l'ancienne théorie du contrat de change. Comment, en effet, a-t-il conçu le mécanisme de la lettre de change? Deux contrats se forment par sa création, celui par lequel le tiré s'oblige envers le tireur à payer, celui par lequel le tireur cède au preneur sa créance contre le tiré : du premier naissent les règles sur la provision; en même temps que le tiré s'engage envers le tireur, celui-ci lui promet de lui fournir, s'il ne l'a déjà fait, et sous une forme quelconque, les fonds nécessaires pour payer le porteur. C'est pour cela que l'action intentée contre le tireur par le tiré qui aurait accepté sans avoir reçu la provision est une action tirée de la lettre de change, de même que l'action intentée contre le tiré qui a refusé l'acceptation ou le payement malgré la provision reçue, par le tireur qui a subi le recours du porteur[4] — que l'acceptation du tiré fait présu-

[1] *Préface*, n° 7.

[2] *Op. cit.*, n° 3.

[3] *Rép.*, v° *Lettres et billets de change*, § 1.

[4] La question est importante au point de vue de la prescription, car l'article 189 du Code de commerce qui porte que toutes actions relatives aux lettres de change se prescrivent par cinq ans, s'appliquera aux actions dont il s'agit si l'on dit qu'elles résultent de la lettre de change. Les auteurs et la jurisprudence sont fixés dans le sens contraire à celui indiqué au texte : ces actions, dit-on, ne dérivent pas de la lettre de change, ne sont pas intentées en vertu de la lettre de change; ce sont des actions de mandat, *mandati directa* ou *mandati contraria;* elles n'ont donc aucun caractère commercial (Pothier, *op. cit.*, n°s 197 et 200; Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 561-562; Nouguier, *op. cit.*, t. II, n° 280; V. cependant Bugnet *sur Pothier*, *op.* et *loc. cit.*; — Riom, 3 mars 1854. D. 55, 2, 51; V. cependant Montpellier, 21 janvier 1839; Dalloz, *op. et loc. cit.*, p. 358, note 1). En droit pur cette solution nous paraît de beaucoup préférable; mais elle n'est conforme ni au texte ni à l'esprit du Code de commettre. D'abord, l'article 189 dit : *toutes actions relatives aux lettres de change*, et il faut con-

Digitized by Google

mer, jusqu'à preuve du contraire, dans ses rapports avec le tireur, qu'il a reçu la provision (C. de com., art. 117, § 9) — et qu'enfin une jurisprudence constante, considérant la provision comme une garantie du porteur qui obtient, grâce à elle, l'acceptation et le payement, lui attribue la propriété de la provision en ce sens qu'il peut s'opposer à ce qu'elle soit reprise au tiré par les syndics du tireur tombé en faillite après l'avoir fournie [1].

venir que, si ces actions dont nous parlons ne dérivent pas de la lettre de change, elles y sont au moins relatives; M. Bugnet a donc raison de dire qu'en présence du texte la question ne peut pas être agitée. Quant à l'autorité de Pothier, on l'écartera si l'on considère qu'il tire sa principale raison de décider du texte de l'ordonnance de 1673, et que la rédaction de l'ordonnance était toute différente de celle de l'article 189; elle ne déclarait pas prescriptibles par cinq ans toutes actions relatives à la lettre de change, mais disait seulement : « Toutes lettres et billets de change seront « réputés acquittés après cinq ans, » ce qui laissait la question entière pour les actions autres qu'en payement de la lettre de change. Enfin si, aujourd'hui, le contrat du tireur et du tiré fait partie intégrante de la lettre de change, — et il est difficile de le contester en présence des règles sur la provision, — les actions qui en dérivent sont évidemment des actions intentées en vertu de la lettre de change et l'argumentation d'Einert nous paraît décisive : « Il y a une grande différence à admettre qu'il y a « dans la lettre de change même un contrat entre le tireur et le tiré, ou à « ne voir dans l'acceptation du tiré que le résultat d'une opération tout à « fait étrangère à la lettre de change. Dans le premier cas, l'acceptation est « une promesse faite au tireur par le tiré; dans le second, elle n'est que le « complement des garanties du porteur, et non une déclaration envers le « tireur. L'acceptation est-elle faite envers le tireur? c'est une promesse de « payement d'où naît pour lui une action en vertu du droit de change « (*Wechselrechtlicher*) pour en obtenir l'exécution, et il a ainsi contre le tiré « une action née de la lettre de change, si elle est revenue dans ses mains « et qu'il l'ait payée sur le recours exercé contre lui. Si, au contraire, l'ac- « ceptation n'était qu'un cautionnement, l'accepteur ne s'engagerait en « vertu de la lettre de change qu'envers le porteur et non envers le tireur : « qui voudrait, en effet, donner au débiteur principal contre la caution « une action fondée sur l'obligation de cette dernière? En partant de cette « idée, on reconnaît qu'il ne se forme pas entre l'accepteur et le tireur « d'autre rapport que celui qui a pu naître en dehors de la lettre de change, « ou qui dérive, quand la lettre de change est payée, d'une gestion d'affaires « faite par le tiré pour le tireur. S'il y avait dans la lettre de change un « mandat et qu'il résultât de ces expressions : *payez contre cette lettre de* « *change*, il y aurait une action *mandati directa* et une action *mandati* « *contraria* intentées en vertu du droit de change » (*op. cit.*, p. 95-96.)

[1] La jurisprudence a poussé jusque-là l'influence de la provision sur les rapports qui se forment par la lettre de change. Quelque extrêmes qu'en soient les conséquences, je crois cette jurisprudence parfaitement fondée. Je suis assez peu touché de l'argument historique tiré de ce que les rédac-

Digitized by Google

D'autre part, il résulte du contrat de change par lequel le tireur s'oblige envers le preneur à lui procurer une somme d'argent dans un autre lieu, les conséquences suivantes : 1° la lettre de change doit être tirée d'un lieu sur un autre (Code de com., art. 110, § 1); 2° le preneur doit en fournir la valeur qui est la cause de la cession qui lui est faite, et la lettre de change doit faire mention que la valeur a été réellement fournie (Code de com., art. 110, § 7). — Enfin, quand le preneur négocie la lettre de change, une nouvelle cession se produit, sous le nom d'endossement, dispensée de l'observation des formalités du droit civil, mais soumise aux mêmes conditions que la création de la lettre de change, notamment à l'expression de la valeur fournie (Code de com., art. 137); de plus, en matière civile, le cessionnaire est passible de toutes

teurs du Code de commerce ont dû admettre implicitement le système généralement enseigné en 1807; je n'attache pas beaucoup plus d'importance aux articles 1692 du Code Napoléon et 136 du Code de commerce; car la provision n'est pas une garantie pour le porteur et, par conséquent, n'est pas comprise dans la cession de créance; d'autre part, ce qui se transmet par endossement, c'est la propriété de la lettre de change et nullement celle des fonds destinés à la payer. Mais l'argument qui me paraît irréfutable est celui qu'on tire de l'article 149 du Code de commerce : cet article n'admet l'opposition au payement d'une lettre de change que dans deux cas, perte de la lettre de change et faillite du porteur; permettre aux syndics de la faillite du tireur de reprendre la provision au tiré, ce serait ajouter dans un article évidemment limitatif un troisième cas d'opposition, la faillite du tireur. Aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, les seuls qui n'aient pas accepté le système de la jurisprudence, n'ont-ils échappé à l'article 149 qu'en traduisant *opposition* par *saisie-arrêt*, et en permettant ainsi aux créanciers du porteur de faire saisie-arrêt entre les mains du tiré (*Droit commercial*, t. V, n°s 758 et s.). C'est là violation des principes les plus élémentaires sur la clause à ordre. Il est moins facile de justifier théoriquement les résultats de cette jurisprudence: elle altère la nature de la provision en faisant une garantie pour le porteur de ce qui n'est qu'une garantie du tiré; elle conduit à permettre au porteur d'exiger qu'il y ait provision. Aussi l'article 110 du Code hollandais, reproduit presque littéralement par l'article 130 du Code sarde, porte-t-il que « dans aucun cas le « porteur d'une lettre de change protestée n'a droit sur la provision faite « par le tireur chez celui sur qui elle est tirée; si la lettre de change n'a « pas été acceptée, la provision reviendra à la masse en cas de faillite du « tireur. Dans le cas d'acceptation la provision reste au tiré, sauf l'obliga- « tion de celui-ci de satisfaire à son acceptation vis-à-vis du porteur; » et dans la législation turque il paraît qu'un firman de 1803 permet aux syndics de la faillite du tireur de reprendre la provision au tiré. Au contraire, l'article 3, § 7 de la loi de Suède et de Norwége reconnaît expressément le droit du porteur sur la provision (Nouguier, *op. cit.*, t. II, p. 442-443).

Digitized by Google

les exceptions que le débiteur pouvait opposer au cédant, tandis qu'en l'absence de tout texte[1] il est admis sans difficulté que les exceptions tirées, comme on dit, *ex personâ indossantis*, ne peuvent être opposées à l'endosseur ; sans cela, la lettre de change ne jouirait pas de ce privilége de circuler rapidement qui en est l'attribut essentiel, et il résulte, d'ailleurs, de la clause à ordre que le tiré ne s'oblige pas envers le preneur, mais directement envers toute personne qui se trouvera porteur de la lettre de change en vertu d'une transmission régulière[2].

La remise de place en place est la clef de tout le système : c'est parce que la lettre de change doit être tirée d'un lieu sur un autre qu'elle n'est encore considérée que comme l'expression d'un contrat de change, et le jour où l'article 110 sera abrogé, avec lui disparaîtra toute la théorie du contrat de change.

[1] Nous ne voyons pas comment la Cour de cassation a pu invoquer à l'appui de ce principe les articles 136, 137, 164 du Code de commerce (cass., 18 mars 1850 ; D., 50, 1, 166) : l'article 137 n'est relatif qu'à la forme de l'endossement ; l'article 136 dit que la propriété de la lettre de change se transmet par la voie de l'endossement, mais la cession d'une créance en transfère aussi la propriété, et cela n'empêche pas le cessionnaire d'être soumis aux mêmes exceptions que le cédant ; enfin l'article 164 dit que le porteur non payé peut recourir contre chacun des endosseurs, mais en quoi cela implique-t-il qu'il ne soit pas passible de telle ou telle exception ? Le principe est d'ailleurs certain en doctrine et en jurisprudence. M. Bodin a cependant soutenu (*Revue pratique*, t. V, p. 152 et s.) que le porteur peut se voir repousse par les exceptions tirées du chef des précédents porteurs quand il en a connu l'existence ; mais M. Demangeat a donné de cette opinion une excellente réfutation (sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 139, note 2) à laquelle nous ajouterons cette simple observation : si l'on n'admet pas cette vérité incontestée pourtant, traditionnelle, nécessaire, que le porteur est le créancier direct du tiré, il n'y a pas de raisons pour qu'on ne puisse pas lui opposer les exceptions *ex personâ indossantis*, lors même qu'il en ignorait l'existence. Ou l'endossement est une cession de créance, et alors le cessionnaire est exposé aux mêmes moyens de défense que le cédant ; ou c'est un acte *sui generis* qui n'est pas soumis à d'autres lois que celles établies par l'usage pour assurer la transmission de la lettre de change, et ce but serait manqué si le porteur avait à craindre de se voir opposer les exceptions, connues ou ignorées de lui, nées en la personne de son endosseur. Mais, si certain que soit le principe, il est utile de remarquer qu'il ne résulte d'aucun texte formel, et que la théorie du contrat de change est impuissante à expliquer les effets de l'endossement ; ils sont, au contraire, la conséquence logique de la théorie d'Einert. V. *infra*.

[2] On peut consulter sur ce point l'exposition du système français par M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, *Introduction*, p. 18-29.

Digitized by Google

Aussi bien est-ce une réforme urgente et l'état de choses que le Tribunat signalait il y a soixante ans n'a pu que s'aggraver. Il disait dans ses observations sur le projet de Code de commerce de 1807 : « Ce mode de remise de place en place est « devenu une espèce de faux de convention d'un très-dangereux « exemple : au fond on ne voit aucun motif solide dans la remise « de place en place ; la lettre de change est, de sa nature, une « subrogation de la part d'un particulier en faveur d'un autre « au droit qu'il aurait de faire remettre une somme de la part « d'un tiers, de suite ou à une époque convenue, et ce contrat « exige-t-il pour sa perfection cette forme illusoire de remise « de place en place ? D'ailleurs il est aisé de sentir que ce for- « mulaire nuit à la rapidité du commerce, qu'il entraîne des dé- « placements et des frais[1]. » De là sont venues les hésitations de la jurisprudence qui violente tantôt les faits pour les ramener sous l'application de la loi, tantôt la loi pour la plier aux exigences du fait.

Ainsi il est d'abord un point certain, c'est qu'il n'est pas nécessaire que la lettre de change soit tirée d'une place de commerce sur une autre place de commerce. Le tribunal de Laigle l'avait demandé inutilement dans ses observations sur le projet du Code de commerce[2] et les mots *remise de place en place* de l'article 632 ont pu faire croire un instant que c'était la pensée du législateur, mais on n'a pas tardé à reconnaître que la règle à cet égard n'était et ne pouvait être que dans l'article 110 qui dit simplement *d'un lieu sur un autre.* On a raison de ne pas aggraver une disposition assez rigoureuse par elle-même, mais c'est un exemple, et ce n'est pas le seul, du danger de la réglementation, quand elle ne s'appuie sur aucun principe rationnel et qu'elle ne répond à aucun besoin pratique, car en quoi satisfont-elles au vœu de la loi, ces lettres de change qu'on tire journellement de Paris sur Versailles ou Saint-Germain, les villes les moins commerçantes du monde, et n'est-ce pas une vraie comédie légale que ces effets de commerce créés dans des villages où jamais une affaire ne s'est conclue[3] ? Quand

[1] Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. II, p. 123-124.

[2] Locré, *op. cit.*, t. II, p. 15.

[3] Grenoble, 25 août 1838 : une lettre de change a pu être valablement tirée de la commune de Penol, « attendu que la commune de Penol, quoi- « que rapprochée de la côte Saint-André, n'en est pas moins une commune « distincte, soumise à des administrateurs municipaux différents et faisant

Digitized by Google

on voit juger qu'il suffit à l'observation de l'article 110 qu'il y ait entre le lieu de l'émission et celui du payement une distance si minime que ce soit [1], que par exemple, Passy, la Villette et Bercy étaient avant 1864 des places distinctes, d'où l'on pouvait tirer sur Paris et réciproquement [2], est-il possible de considérer la remise d'un lieu sur un autre comme autre chose qu'une formalité illusoire? Sur ces deux points la jurisprudence a suivi le mouvement des affaires; sur d'autres elle y a résisté. Ainsi, tandis que le tribunal de commerce de la Seine, représentant naturel de l'usage commercial, s'obstine à considérer comme parfaitement valable la lettre de change à l'ordre du tireur, lors même qu'elle a été endossée pour la première fois au lieu où elle est payable, la jurisprudence des Cours impériales, plus fidèle à l'esprit de la loi, l'annule comme ne satis-

« partie d'un autre arrondissement; attendu que cette interprétation est « conforme à la volonté du législateur manifestée dans les discussions pré- « paratoires du Code de commerce. En effet on lit dans les conférences du « Conseil d'État, chargé de la confection de ce code, exposées par M. Locré « dans son commentaire sur l'article 40, que cette question fut agitée; que « même on voulait insérer dans la rédaction de cet article, comme condi- « tion de la lettre de change, qu'elle fût tirée d'une place de commerce; et « on répondit que la lettre de change ne perdait pas son caractère, pour être « tirée d'un lieu, qui n'était pas une place de commerce; qu'on n'aurait pu « l'admettre ainsi sans ôter à la lettre de change une partie de son utilité; « qu'il suffirait qu'il y eût remise pour qu'il y eût change et, par consé- « quent, lettre de change....., on ne comprendrait pas comment le législa- « teur, appelé à préciser les caractères de la lettre de change dans l'ar- « ticle 110, n'eût exigé que la remise d'un lieu sur un autre, et que, dans « une disposition postérieure étrangère à la nature et à la forme de ce con- « trat, relative seulement à la compétence des tribunaux de commerce, il « en eût dénaturé les caractères et les conditions..... » (Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 69, note 19; aj. Bordeaux, 12 août 1841; Dev. Car., 42, 2, 112; et Riom, 17 avril 1845; Dev. Car., 45, 2, 657.

[1] *Ibid.* : « On insista et l'on demanda qu'au moins il fût déterminé une « distance raisonnable entre le lieu d'où la lettre de change serait tirée et « celui où elle serait payable, l'expression *d'un lieu sur un autre* parais- « sant trop vague; mais il fut répondu que fixer une distance était impo- « ser au commerce et aux particuliers les mêmes entraves que si on ne « leur eût permis que de tirer d'une place de commerce sur une autre « place de commerce, et la proposition fut rejetée. »

[2] Jugé que Paris et la Villette ayant leurs octrois et leur administration municipale distincts, doivent être considérés comme deux places distinctes (Paris, 22 avril 1826; Dalloz, *op. cit.*, v° *Commissionnaire*, p. 49, note 1). Dans le même sens, jurisprudence constante du tribunal de commerce de la Seine pour les communes de Passy et de Bercy (Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 49).

Digitized by Google

faisant pas à la condition du contrat de change, sans lequel la loi actuelle n'admet pas qu'il puisse y avoir une lettre de change [1].

[1] Cette divergence est un des exemples les plus frappants de la répugnance du commerce pour la théorie du contrat de change. Tant qu'il n'y a pas eu d'endossement, la lettre de change à l'ordre du tireur n'est pas encore une lettre de change; car la lettre de change (et elle diffère en cela du contrat de change, dont elle n'a été jusqu'ici que l'exécution) exige l'intervention de trois personnes. Or, jusqu'à l'endossement fait au profit d'un tiers, nous n'avons que deux personnes, le tireur et le tiré; donc la lettre de change n'est pas parfaite et n'existera qu'au moment de l'endossement, c'est-à-dire de l'intervention de la troisième personne, preneur, bénéficiaire ou donneur de valeur. Il n'y a sur ce premier point aucune hésitation, ni parmi les auteurs, ni dans la jurisprudence, et, par application, il a été décidé que les conditions de validité de la lettre de change pourront se rencontrer dans l'endossement et que les vices de la lettre de change, qui jusque-là n'en est pas une, sont couverts par la régularité de cet endossement. Ainsi, 1° que l'énonciation *valeur fournie* qui ne se trouverait pas dans la lettre de change pourrait être faite dans l'endossement, et que cela suffirait pour que la lettre de change fût valable (Paris, 6 juillet 1826; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 85, note 2); 2° que l'énonciation *valeur en moi-même*, qui ne suffit pas en général (V. *infrà*) devient suffisante quand l'endossement a lieu au profit d'un tiers (Toulouse, 14 janvier 1828; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 85, note 1). Ce point de vue admis, il faut en conclure nécessairement que le premier endossement doit, à peine de nullité, être donné dans un lieu autre que celui où la lettre de change est payable. Au moment où elle devient lettre de change, il faut qu'elle remplisse toutes les conditions exigées et notamment qu'elle contienne remise d'un lieu sur un autre, ou engagement par le tiré de faire avoir une somme d'argent à un tiers dans un lieu qui n'est pas celui où la lettre de change est négociée. Pour cela, l'endossement ne doit pas être donné dans le lieu du payement. C'est la conséquence nécessaire de l'article 110. La jurisprudence est fixée en ce sens par une série d'arrêts dont le dernier est de la Cour de Paris, 8 mars 1842 (Dalloz, *op. et loc. cit.*, p. 77, note 1). V. cependant Nîmes, 15 mars 1853 (D., 54, *Table*, v° *Effets de commerce*, n° 16). La Cour de cassation a posé dans un arrêt du 6 août 1854 (D., 55, 1, 24) une distinction qui ne se soutient pas: elle admet la validité de l'endossement au lieu même du payement, à la condition que l'endosseur ait fourni la valeur dans un autre lieu. Cette distinction est inacceptable, car 1° c'est le lieu de l'endossement qui importe et non celui où la valeur en est reçue, et 2° la validité de la lettre de change ne peut dépendre de circonstance, extérieures et dont la simple inspection du titre ne peut révéler l'existence (Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 44, note 1). Quant au tribunal de commerce de la Seine, sa jurisprudence invariable considère l'endossement comme valable en quelque lieu qu'il soit fait. Il se fonde d'abord sur une raison de fait très-sérieuse, mais qui n'a qu'une valeur législative: les besoins du commerce, qui exigent souvent la négociation d'une lettre de change par le tireur au lieu même où elle est payable. Il se fonde ensuite en droit, sur divers arguments qu'il serait trop long de reproduire et dont

Digitized by Google

L'article 110 appelait une sanction; il ne suffisait pas d'avoir prescrit les conditions de la lettre de change; plus elles étaient rigoureuses, plus il fallait prévoir les efforts que ferait la pratique pour s'y soustraire. C'est le but de l'article 112 : « Sont réputées « simples promesses toutes lettres de change contenant suppo- « sition, soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit des « lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont paya- « bles. » Le vice de supposition consiste à feindre la création d'une lettre de change en simulant l'accomplissement des conditions légales et un concours de circonstances qui ne s'est pas présenté; mais on n'est pas d'accord sur le sens de cet article 112 et deux interprétations en ont été proposées. Dans la première la lettre de change est entachée de supposition lors même qu'au fond toutes les conditions requises pour sa validité existeraient, par cela seul que le titre contient une fausse indication, même indifférente, de noms, de qualité, ou de domicile[1], et, par exemple, on a déclaré simple promesse une lettre de change qui contenait réellement remise de place en place, mais qui n'avait pas été tirée dans le lieu qu'elle indiquait, « parce « que les dispositions de l'article 112 sont générales et abso- « lues; qu'elles ne font pas de distinction et qu'à raison de la « faveur dont jouissent les lettres de change, elles ne doivent « être entachées d'aucune supposition de personnes ou de « lieux[2]. » Nous ne croyons pas que cette interprétation soit exacte : tout ce que veut la loi, c'est que les conditions de forme qu'elles a prescrites pour la création des lettres de change ne soient pas éludées; du moment qu'elles sont remplies, nous ne voyons aucune raison d'appliquer l'article 112, car de deux choses l'une : ou ces inexactitudes dans la rédaction d'une lettre de change sont de nature à causer un préjudice, et alors l'acte n'est pas même une simple promesse, il y a faux ou escroquerie et non plus seulement supposition; ou ce n'est qu'un men-

voici le plus spécieux : « Au moyen de la création de l'effet, le tireur se « trouve nanti dans un lieu d'une valeur qui représente ce qui lui est dû « dans un autre » (Massé, *note sur l'arrêt de* 1839; Dev., 1, 737). Il faut y répondre : 1° que cela peut suffire en effet pour qu'il y ait contrat de change, mais non pour la lettre de change, qui exige le concours de trois personnes; 2° qu'à ce compte, tout effet qui permet de toucher dans un lieu ce qui est dû dans un autre, comme le billet à domicile et le simple mandat, serait aussi une lettre de change, et personne n'oserait le soutenir. Tous les auteurs, M. Massé excepté, se prononcent pour l'opinion que nous adoptons.

[1] Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, t. II, p. 123, note 1.

[2] Metz, 1er décembre 1836; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 93, note 2.

Digitized by Google

songe inoffensif, et alors pourquoi le titre ne conserverait-il pas sa qualité de lettre de change? Nous pensons donc que l'article 112 ne s'applique qu'à la supposition dans le sens exact de ce mot, à la simulation mensongère d'une des conditions du contrat de change, et que la lettre de change sera valable comme telle quand ces conditions seront remplies, quelque contraires à la vérité que puissent être ses énonciations [1].

J'irai même plus loin : je crois que le but principal, pour ne pas dire unique, de l'article 112 est de prescrire les suppositions destinées à éluder la remise d'un lieu sur un autre. On dirait que le législateur a senti combien cette disposition serait antipathique au commerce, combien elle aurait besoin, pour être maintenue, d'une sanction rigoureuse. Aussi les diverses suppositions énumérées par l'article 112 me paraissent-elles n'avoir pour but que de soustraire la lettre de change à la nécessité d'une remise de place en place. D'abord la supposition de nom qui consiste à tirer une lettre de change sous des noms imaginaires ou autres que ceux du tireur, du bénéficiaire ou du tiré ne se comprend pas par elle-même et ne peut être qu'un faux ou une escroquerie. De même la supposition de qualité prévue par l'article ne consiste pas à se dire banquier quand on ne l'est pas ou à s'attribuer un titre auquel on n'a pas droit; ce serait encore, le cas échéant, le délit d'escroquerie prévu par l'article 405 du Code pénal, et l'article 112 n'est pas relatif à des actes qui sont le résultat de manœuvres frauduleuses, mais à des obligations qui, nulles comme lettres de change, sont cependant valables comme obligations civiles, si ce n'est même commerciales. La supposition de qualité, dans le sens de l'article 112, c'est celle qui consiste à prêter à une personne le rôle de tireur, de bénéficiaire ou de tiré pour faire croire à l'existence d'une lettre de change qui n'existe pas, et c'est avec raison qu'un arrêt a vu une supposition de qualité en même temps que de lieu dans le fait de s'être servi du nom d'un individu domicilié dans un autre lieu, « dans le but de compléter « le nombre des personnes nécessaires pour donner la valeur « d'un contrat de change à de simples prêts civils [2]. » Il est inutile de démontrer que la supposition du lieu dans lequel une lettre de change est tirée ou payable a le même but, et, enfin, la supposition de domicile se confond avec cette dernière. On

[1] Nouguier, *op. cit.*, t. II, n° 200.
[2] Agen, 3 février 1860; D., 60, 2, 43.

Digitized by Google

l'a contesté dans l'interprétation contraire et on a vu une supposition dans le fait d'indiquer une lettre de change, une véritable lettre de change, comme tirée dans un lieu différent du lieu de son émission; mais nous ne voyons pas pourquoi cette fausse indication de domicile empêcherait les effets de la lettre de change de se produire, ni quel peut en être le danger, si le lieu de l'émission diffère réellement du lieu du payement [1].

EUGÈNE GARSONNET.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES PARTAGES D'ASCENDANT.

Par M. REQUIER, président de chambre à la Cour d'Agen.

Compte rendu par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Le partage d'ascendant est une des matières sur lesquelles le Code Napoléon a laissé le plus à faire. La doctrine et la jurisprudence ont, non pas seulement à expliquer, à développer, mais à découvrir les règles qui gouvernent cette importante institution.

Le laconisme et les lacunes sont d'autant plus regrettables que le législateur, au milieu des traditions qui l'encombraient, voulait faire une œuvre nouvelle; il avait donc à la défendre contre l'influence et la gêne de vieilles locutions qui en altéreraient le sens, contre l'envahissement d'idées profondément enracinées qui tenteraient de s'imposer à elle.

Les expressions de *partage anticipé*, de *partage de présuccession*, de *démission de biens*, devaient avoir, par l'empire de l'usage, trop de force de résistance pour ne pas survivre.

Les mots ont sur les choses plus de pouvoir qu'on ne veut leur reconnaître; ils dominent beaucoup d'esprits; ils ont au moins l'influence de ces fonctionnaires, instruments successifs d'un gouvernement tombé et du gouvernement qui le remplace; ils tendent à perpétuer, sous le régime nouveau, les coutumes et quelquefois les abus du régime ancien.

Les interprètes sont venus en grand nombre; mais ils ont tous tenu à honneur d'embrasser le sujet tout entier, et ils se sont ainsi condamnés à reproduire, avec des variantes de ter-

[1] Nouguier, *op. cit.*, t. I, n° 205.

Digitized by Google

mes, ce qu'ils approuvaient dans les travaux de leurs devanciers. Qu'il y en ait qui, parmi eux, aient ajouté et abondamment ajouté à l'héritage qu'ils conservaient, il y aurait injustice à le nier. Mais s'ils avaient borné leur ambition à refaire ou seulement à redresser ce qui, dans leur opinion, était mal fait ; s'ils ne s'étaient attachés qu'aux problèmes devant lesquels leur raison et leur logique se montraient hésitantes, ils auraient, en courant quelques chances d'erreurs de plus que dans le développement d'idées déjà acquises, rendu de plus sérieux services et fait faire plus de progrès à la science. Eux aussi, ils avaient à se soustraire à l'action latente, mais tenace, des habitudes du langage, au joug de doctrines investies, par une sorte de possession d'état, d'une longue autorité. Si la critique tient compte du grand nombre d'obstacles qu'ils avaient à vaincre, sans parler des nécessités de leur méthode qui les astreignait à ne rien négliger de ce qui était dans d'autres livres, et leur faisait une loi de tout reprendre en sous-œuvre, elle devra se montrer respectueuse et reconnaissante.

L'auteur du livre nouveau, sur lequel je me propose d'appeler l'attention des lecteurs de la *Revue*, s'est-il placé en dehors des conditions auxquelles se sont soumis les juristes qui ont traité avant lui le même sujet? Non ; il a, lui aussi, entrepris un exposé général, et il n'a pu qu'incidemment remplir son devoir de contrôle et exercer son droit de réfutation...

J'eusse mieux aimé qu'il nous indiquât, d'une manière principale et directe, les côtés faibles (et il ne nous dissimule pas qu'il y en a) des idées de M. Troplong, de MM. Aubry et Rau, de M. Demolombe. Il eût plus sûrement mis en relief les aperçus originaux qu'il offre à notre examen.

Je veux d'abord rendre à M. Requier cette justice, qu'il a senti le besoin de secouer le poids du passé.

Les nos 22 *bis* et 39 de son livre en font foi. « Les locutions de *partage anticipé* de *partage de présuccession* ont contribué dit l'auteur, plus qu'on ne le pense à fausser l'interprétation des dispositions du Code. »

Ces observations n'ont pas été stériles ; elles ont porté leurs fruits ; elles ont naturellement amené M. Requier à combattre les théories d'un jurisconsulte plein de ressources qui a éclairci beaucoup de difficultés, mais qui a tracé des voies dont la modestie et la circonspection de ses successeurs ont trop craint de s'écarter. M. Genty a enfin trouvé un contradicteur.

Digitized by Google

Je trouve un témoignage de cette réaction :

1° Dans l'affirmation que le partage entre-vifs est, même avant le décès de l'ascendant, un vrai partage, soumis aux règles du partage dans les rapports des codonataires entre eux;

2° Dans l'affirmation que le partage entre-vifs ne cesse pas d'être un partage vis-à-vis du copartagé renonçant ou indigne, ou vis-à-vis des ayants cause du copartagé qui prédécède le donateur;

3° Dans l'affirmation que, vis-à-vis de l'institué contractuel étranger, compris dans un partage entre-vifs, l'acte a tous les effets et n'a que les effets d'un partage.

J'adhère pleinement à ces trois solutions, auxquelles mes études antérieures avaient abouti, et je suis heureux de trouver, sous la plume de M. le président Requier, des opinions qui confirment quelques-unes de celles que je formule dans mon enseignement.

Je sais aussi beaucoup de gré à M. Requier des efforts qu'il a faits pour établir que la doctrine qui reconnaît au partage entre-vifs le caractère actuel et immédiat de partage entre les *copartagés*, sans subordonner ce caractère à l'ouverture de la succession de l'ascendant et à son acceptation, n'implique nullement la nécessité de faire courir la prescription de l'action en rescision, pour lésion de plus du quart, avant le décès du donateur. Je le félicite d'avoir lui-même fait justice de l'explication qu'il avait empruntée à la théorie d'après laquelle le partage et la donation étaient unis à ce point par un lien d'indivisibilité que l'annulation de la répartition entraînait l'annulation du dessaisissement de l'ascendant. L'explication que M. Requier adopte dans son traité est de beaucoup préférable à celle qu'il abandonne.

M. Requier n'aurait-il pas laissé une trace de son ancienne théorie dans la partie de son livre où il refuse, soit au copartagé renonçant ou indigne, soit aux héritiers du copartagé prédécédé, l'action en rescision pour lésion de plus du quart, sous le prétexte d'un défaut d'intérêt? Ici je ne suis plus de son avis, mais j'ajourne ma discussion. Je me borne à constater une dissidence.—Je pourrais en signaler plusieurs autres.

Je crains que la réaction contre certaines théories de M. Genty qui ont singulièrement prospéré, sous de puissants patronages et à la faveur d'adoptions glorieuses, n'ait été trop timide. Je fais des réserves, dans l'intérêt d'idées que je crois

Digitized by Google

vraies, bien qu'elles contrarient des préjugés très-solidifiés, sinon par la jurisprudence, au moins par des jurisconsultes très-accrédités. Je n'entends pas, en ce moment, engager un débat avec le savant auteur dont j'essaye d'indiquer les tendances. — Ce n'est pas sous forme incidente, et par une sorte de tempérament aux éloges, que le travail très-distingué de M. Requier mérite, qu'il convient d'aborder des questions de principe..... Un examen partiel, incomplet, de doctrines fondamentales pourrait exposer à un jugement dénué d'une suffisante maturité. Je veux seulement parler de quelques points secondaires, sur lesquels M. le président Requier est en désaccord avec les théories qui rallient la majorité des auteurs.

A quelle époque les biens compris dans un partage d'ascendant, par acte entre-vifs, doivent-ils être estimés? Est-ce à l'époque de la donation ou à l'époque du décès du donateur? M. Requier maintient la thèse qu'il avait déjà défendue, et combat avec énergie la jurisprudence qui décide que l'estimation ne doit avoir lieu qu'à l'ouverture de la succession de l'ascendant; il sollicite au besoin l'intervention législative pour imposer sa solution. — Il paraît croire que cette solution est une conséquence rigoureusement nécessaire du caractère de partage actuel, immédiat qu'il attribue, comme nous l'attribuons nous-même, à l'acte entre-vifs, dans les rapports des codonataires entre eux.

Pas plus que M. le président Requier je ne laisse en suspens, jusqu'à la mort de l'ascendant, le caractère de partage; je ne le subordonne pas à la condition que les codonataires deviennent héritiers. — Cependant j'incline à penser que c'est sur la valeur du bien au décès du donateur que le calcul de la lésion doit se faire.

La contradiction qui pourrait apparaître à un regard superficiel s'évanouit devant la réflexion : elle n'est qu'apparente.

Sans doute le partage entre-vifs n'est pas nécessairement un partage de succession future; il peut, par l'événement, n'être qu'un partage de choses communes..... Mais dans les prévisions, dans les espérances du moins, de celui qui le fait, il doit préparer le règlement de l'hérédité, et s'il fait la loi des copartagés qui veulent n'être que *communistes* et ne pas devenir *cohéritiers*, il n'appelle et ne comporte même de vérifications, quant à la validité et à l'économie de sa composition, qu'au moment où les actions en rescision sont ouvertes. — Mais je me laisse entraîner à une réfutation qui réclamerait

Digitized by Google

plus de développements que je ne puis en donner dans le cadre étroit où je dois me renfermer.

M. Requier admet, avec la doctrine et la jurisprudence, que lorsqu'il existe plusieurs actes successifs de partage, c'est sur leurs résultats pris dans leur ensemble, et non sur le résultat de chacun d'eux, considéré isolément, qu'il faut vérifier s'il y a pour un ou pour plusieurs des copartagés une lésion de plus du quart (n° 176).

Mais il conteste qu'on puisse pour exclure la rescision, à raison d'une lésion du plus du quart, dans la distribution accomplie de certains biens, prendre en considération les compensations qu'offrent d'autres biens laissés en dehors du partage ou des partages.

Pourquoi cette distinction?

Ne serait-ce pas parce que le savant auteur exagère une idée vraie, à savoir que le partage entre-vifs d'ascendant n'est pas nécessairement un partage partiel d'une succession future, et qu'il arrive à cette conclusion inexacte que ce partage n'est jamais cela, tandis que le partage est bien cela lorsque les copartagés deviennent héritiers?

Je me borne à cette indication en rappelant seulement les arrêts de la Cour de cassation (Cassat. 2 août 1848, 6 février 1860, Sir., 49. 1. 254; Dalloz, 60. 1. 39; 63. 1. 401).

Enfin, pour clore ces observations trop techniques qui demanderaient des éclaircissements, qu'une dissertation *ad hoc* pourrait seule fournir, je demande à M. Requier la permission de tenter la réhabilitation d'une idée juridique qu'il a, suivant moi, à tort condamnée. Dans une note qui touche un juriste que j'ai quelques raisons pour défendre, M. Requier enseigne que le mineur de seize ans peut, par un partage testamentaire, distribuer la totalité de sa fortune entre ses descendants, et, à cette occasion, il écrit que l'article 904 du Code Napoléon affirme la capacité de tester du mineur de seize ans, et détermine vis-à-vis de lui une quotité disponible spéciale (page 68).

Je persiste à soutenir que l'article 904 résout, non pas une question de réserve, mais une question de limite de capacité:

1° L'article 904 est dans le chapitre qui règle la *capacité* de disposer;

2° Il est fondé sur l'insuffisance de discernement et de jugement du mineur;

3° Il n'est pas subordonné à la qualité des héritiers du testateur;

Digitized by Google

4° A quelque âge que meure l'auteur d'un testament, fait par le mineur de seize ans, ce testament n'aura d'effet que pour la moitié de ce qu'il aurait pu transmettre s'il avait été fait après la majorité. — C'est la date de l'expression de la volonté qui réduit irrévocablement le disponible à moitié. La date du décès du testateur est indifférente ; le *de cujus* ne laissât-il pas de parents au degré successible, et dût-il avoir l'*État* pour héritier, le légataire qu'il aurait institué ne pourrait, en vertu du legs, recueillir la totalité de sa fortune; il y aurait toujours une succession *ab intestat*.

L'impuissance de tester efficacement, à un certain âge, au delà d'une certaine mesure, déterminable, il est vrai, au décès, constitue bien une incapacité, lorsqu'elle n'a rien de conditionnel, lorsqu'elle est indépendante du point de savoir à qui appartiendra la portion de succession indisponible. — Sans doute, le disponible varie suivant que le testateur qui a testé en minorité laisse ou ne laisse pas d'héritiers réservataires; mais l'absence de réservataires n'affranchit pas rétroactivement le testateur de l'entrave attachée à l'âge qu'il avait au moment de la confection du testament.

Je me garderais de faire ces reprises, ou plutôt ces remarques, si je n'avais une profonde estime pour le consciencieux ouvrage dont je rends compte, pour la vraie science dont il est le témoignage, pour l'excellent style qui en relève le mérite.

Nous avons une bonne monographie de plus avec la signature d'un magistrat, avec un nom qui la recommande. — Le succès dont elle est digne ne lui fera pas défaut.

A. BERTAULD.

DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

en matière civile et en matière criminelle,

Par M. Griolet, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris [1].

Compte rendu par M. G. Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Un axiome, c'est, d'après le dictionnaire, une proposition dont l'exactitude est évidente et qu'il n'est pas besoin de démontrer. Peut-être serait-il plus exact de dire, que ce qu'on

[1] Un volume in-8°, Marescq, 1868.

Digitized by Google

appelle un axiome, n'est le plus souvent qu'une proposition acceptée sans examen, sur sa belle apparence, et qu'on s'est dispensé, pour un motif ou pour un autre, de discuter.

Une formule est mise en avant; d'aucuns la répètent sans penser à mal; d'autres trouvent qu'elle vient à point, édifient là-dessus théories et systèmes, et puis la thèse bâtie et la conséquence tirée, en arrivent tout naturellement à ne point admettre que l'on conteste ce qui fait le pivot de leur argumentation et la base de leurs ouvrages : la masse du public indifférente ou sympathique, peu soucieuse en tout cas de contester, applaudit, ou du moins accepte sans rien dire. Le temps vient, et la proposition hasardée de tout à l'heure devient, de par l'habitude et la routine, une règle indiscutable. C'est un axiome, c'est-à-dire, neuf fois sur dix, une erreur, qui a acquis par prescription le droit de passer pour une vérité.

Chaque science a ses axiomes, comme chaque religion a ses mystères, ses vieilles règles devant lesquelles on s'est depuis longues années respectueusement incliné. Le nombre fort heureusement en diminue chaque jour, en même temps que grandit et s'affirme davantage l'esprit de recherche et de discussion.

Il est pourtant encore, et il ne faut point aller trop loin pour les trouver, des gens qui prétendent « qu'il y a des principes qui forment le patrimoine de l'humanité et sur lesquels il ne faut pas porter la main. » C'est à l'abri de pareilles thèses que l'erreur vit en paix, et envahit le monde. Tout, tout doit être discuté; et d'abord, ces soi-disant grands principes toujours et partout invoqués, sortes de fins de non-recevoir opposées au progrès. Soutenir avec certaine école qu'il est des principes sur lesquels il ne faut pas porter la main, c'est avouer qu'ils sont si fragiles, que le moindre heurt les ébranle, que la moindre attaque leur est fatale, que la force leur manque pour supporter la discussion, et qu'il suffit d'un jour de réflexion pour les anéantir à jamais. C'est mal servir une idée, quelle qu'elle soit, que de vouloir la soustraire à la lutte. Les grands principes survivent aux attaques; ils en triomphent. Les critiques qu'ils ont essuyées sans faiblir les fortifient et les élèvent. Quant à ceux qui succombent, à ceux qui s'évanouissent au premier souffle de la discussion, l'échec qu'ils ont subi les condamne. Il faut applaudir à leur chute, c'est autant de gagné sur l'erreur.

La science du droit commence à se débarrasser de tous les axiomes dont, plus qu'aucune autre science au monde, elle

Digitized by Google

était infestée, et qui, sous le nom de brocards, formulaient en latin douteux ou en mauvais français des propositions contestables, répertoire inépuisable d'arguments pour toutes les causes où le praticien prenait à pleine main, et où le jurisconsulte ne dédaignait pas d'aller parfois puiser lui-même. Depuis quelques années on s'est aperçu que toutes ces vieilles règles de droit, ces brocards qu'on aimait à appeler la raison écrite, et devant lesquels on s'inclinait bien bas, n'étaient que de vieux débris de législations surannées, sans application possible ou raisonnable à notre société et à notre régime légal d'aujourd'hui. On a rompu résolûment avec quelques-uns; quelques autres subsistent fort ébranlés ; bien peu survivront en définitive.

Ce n'est point toutefois, qu'il ne reste encore, pour les défendre, quelques adeptes du vieux droit. Il est des jurisconsultes, et des plus distingués, qui, dans leur admiration pour les anciens monuments du droit, ne peuvent admettre que les « prudents » aient jamais erré; et qui consacrent une grande partie de leur temps et une grande somme de leur intelligence à concilier entre eux les textes contradictoires dont Justinien a composé son Digeste, à mettre d'accord Paul et Ulpien, Labéon et Africain, Proculléiens et Sabiniens, jurisconsultes estimables, à coup sûrs, distingués sans nul doute, mais qui, non plus que leurs modernes successeurs, n'avaient pu s'entendre de leur vivant. Par application du même procédé, on essayera sans doute dans les écoles de l'avenir de concilier les chartes féodales de l'an 1000 et les lois révolutionnaires de 1792, dont le but a été justement la destruction complète, entière et définitive de la féodalité; de concilier la déclaration des droits de l'homme avec les sénatus-consultes de l'empire. Ce ne sera pas certainement, une tâche plus difficile que de concilier les textes divergents des jurisconsultes romains, œuvre que beaucoup entreprennent et que quelques-uns, dit-on, mènent à bonne fin. En tout cas le nombre des conciliateurs, de ces admirateurs quand même des vieilles règles du droit, jaloux de défendre les vieux auteurs contre les fautes qu'ils ont commises, de les faire absoudre des erreurs qu'ils ont faites et des contradictions dont ils fourmillent, ne diminue que lentement; ils recrutent encore des disciples. Mais l'esprit nouveau leur fait la guerre, chaque jour amène une attaque nouvelle de ces règles surannées dans lesquelles ils s'enveloppent; et cette discussion, cet examen critique des principes, en même temps

Digitized by Google

qu'ils débarrassent la science de quantité d'idées fausses et de propositions hasardées, a l'inestimable avantage de provoquer l'apparition de travaux souvent remarquables, d'ouvrages de polémique juridique, dont quelques-uns sont dignes du plus haut intérêt.

C'est une œuvre de cette nature que nous entendons, nous ne dirons pas signaler (le succès qui l'a accueillie nous dispense de ce soin), mais rappeler à l'attention de tous ceux qui ne restent point indifférents aux progrès de la science du droit.

M. Griolet a publié, il y a quelques mois, un traité de l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle dont la deuxième partie a mérité à l'auteur, la première médaille d'or du concours de doctorat à la Faculté de droit de Paris et le prix du ministre de l'instruction publique à l'Académie de législation de Toulouse.

Dans son livre M. Griolet s'est pris corps à corps avec tous les principes reçus en matière de chose jugée; il les a passés au creuset, discutés et souvent condamnés. Jusqu'à présent il avait été reçu sans contest, de par l'article 1351 du Code Napoléon, fort mal rédigé sans doute, mais assez clairement commenté par la jurisprudence, qu'il fallait que quatre conditions se rencontrassent nécessairement pour qu'il y eût chose jugée; identité de la chose demandée, identité de la cause de la demande, identité des parties, identité de qualité des parties.

D'après M. Griolet, la déclaration du juge sur les droits des parties n'est pas restreinte « à la seule conséquence de droit qu'on ait invoquée ou au seul ordre sanctionnateur que l'on ait poursuivi. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher l'identité de cette conséquence ou de cet ordre considéré comme objet de la demande. Le jugement porte sur le droit tout entier et non pas seulement sur le droit contesté relativement à la condamnation qui était demandée..... Si bien que contrairement à l'usage reçu et aux termes mêmes de l'article 1351 Code du Napoléon, il n'est pas nécessaire pour que la chose jugée ait lieu que la demande ait le même objet. »

C'est là l'idée mère du livre de M. Griolet, le principe fondamental de la thèse, que l'auteur développe dans toutes les parties de son ouvrage avec une énergie singulière, et qu'il soutient contre doctrine et jurisprudence sans faiblesse et sans transaction.

Il y a bien des manières de faire des livres de droit; nous ne disons pas, de faire de bons livres de droit. Parmi les auteurs,

Digitized by Google

les uns entassent espèces sur espèces, arrêts sur arrêts, et s'en tiennent là; d'autres accumulent auteurs sur auteurs et ne vont pas plus loin. Le temps est aux répertoires, et la majorité des livres, quelque soin que prenne l'auteur d'en imposer au public, ne sont guère que cela. On arrange à nouveau ce qu'ont écrit les auteurs plus anciens, on y ajoute quelques pages inspirées par les controverses nouvelles et les arrêts récents; et l'on fait une œuvre, que l'on qualifie d'originale, et qui, aux yeux de quelques-uns, passe ou peut passer pour telle. Le livre de M. Griolet est conçu dans des idées tout opposées. La méthode en est tout autre. L'auteur indique les controverses, constate les divergences qui existent entre les auteurs et les arrêts, se garde bien, à la différence des jurisconsultes de l'école dont nous parlions tout à l'heure, d'entreprendre l'œuvre impossible de les concilier, et conclut le plus souvent que doctrine et jurisprudence, docteurs et arrêts ont tort les uns comme les autres etqu'il faut aller chercher ailleurs la vérité. Il la cherche et l'explique à sa façon; il aime avant tout sa liberté d'action et s'embarrasse fort peu de la voie qu'ont suivie ceux qui, avant lui, se sont occupés de la matière qu'il traite. C'est moins une explication de droit positif qu'il a voulu donner qu'une étude de législation qu'il a voulu faire. Son livre est donc surtout une œuvre de polémique, mais il est en même temps une explication des plus intéressantes de toutes les difficultés qu'a soulevées en pratique l'application de nos lois. M. Griolet critique la Cour de cassation, mais il rapporte et reproduit l'arrêt qu'il attaque; il s'en prend aux auteurs, mais il rappelle, avant de la réfuter, la thèse que ces auteurs ont soutenue, de manière que presque malgré lui M. Griolet a fait un excellent commentaire en même temps qu'un travail de critique de l'ordre le plus élevé.

M. Griolet tient à être lui et emprunte à autrui le moins qu'il peut. M. Mainz seul, pourrait peut-être retrouver dans le *Traité de l'autorité de la chose jugée* quelques-unes de ses idées favorites, et le développement de plusieurs des thèses qu'il a formulées le premier. Quant aux autres auteurs qui ont spécialement traité de la chose jugée, et ils sont nombreux, M. Griolet ne s'en occupe guère que pour contester leur doctrine et pour démontrer leurs erreurs. Le traité de M. Griolet est tout raisonnement et déductions philosophiques. Mais l'auteur applique peut-être avec un peu trop de rigueur le principe qu'il rappelle quelque part dans son in-

Digitized by Google

troduction, « que la doctrine est souveraine, et que les lois elles-mêmes ne sont que des conseils. » Aussi n'est-il pas toujours d'accord, ne fait-il pas toujours bon ménage avec le législateur, s'irrite-t-il des fautes que celui-ci a commises, des propositions erronées qu'il a formulées. M. Griolet n'est à l'aise tout à fait que quand il a laissé le législateur bien loin derrière lui, et qu'il peut marcher de l'avant sans avoir à compter avec ce maussade et malencontreux compagnon.

M. Griolet dit, en rappelant les principes de la chose jugée au criminel : « Le défaut d'un texte qui, en matière criminelle, comme l'article 1351 en matière civile, donne une règle « d'application, a été également sans conséquence funeste. « Il en est seulement résulté que la doctrine a eu une heureuse « liberté pour consacrer entièrement le principe et tâcher de « l'appliquer dans tous les cas avec exactitude. »

L'esprit qui a inspiré le livre de M. Griolet est là tout entier, et cette phrase donne mieux que chose au monde une idée de la méthode de l'auteur.

Et cependant M. Griolet n'a pas osé, nous ne savons trop pourquoi, être indépendant jusqu'au bout. Peut-être, et c'est là une critique que nous formulons avec toute hésistation : « il est, en face d'un ouvrage de la valeur du *Traité de la chose jugée*, d'aussi éminents suffrages, téméraire de critiquer; » peut-être, disons-nous, M. Griolet, qui a si bien su se tenir en garde contre les idées reçues, les préjugés juridiques, qui a si bien su tenir tête à la jurisprudence et à la doctrine, s'est-il laissé aller à céder un peu trop à l'influence du droit romain. Les souvenirs du romaniste tiennent dans le livre de M. Griolet une grande place. L'auteur a expliqué avec détails et dans maints passages, avec une complaisance marquée, les principes de la chose jugée à l'époque du système formulaire. Il y a chez lui une tendance évidente à transporter en droit français les règles mêmes de la chose jugée en droit romain. En quoi nous pensons qu'il a eu tort, et qu'il n'a pas suffisamment fait la part des différences considérables qui existent entre les deux législations. Ainsi, par exemple, M. Griolet soutient qu'il y a chose jugée, non-seulement sur les chefs de demande sur lesquels le juge a effectivement statué, mais relativement aux chefs sur lesquels ce juge aurait dû statuer. Ceci peut être parfaitement exact en droit romain, à cause de la théorie de la novation judiciaire. Nous admettons également cette théorie en droit français, en

Digitized by Google

matière criminelle, et en vertu de la règle qui, dans l'intérêt bien compris de la partie poursuivie, veut que le juge statue sur tous les faits dont il est saisi ensuite de l'ordonnance ou de l'arrêt de renvoi. Mais nous ne croyons pas que pareille thèse soit admissible en matière civile, et, même après avoir lu le livre de M. Griolet, nous ne pensons pas, qu'étant admis que les règles du droit romain en matière de novation judiciaire ne sont point applicables en droit français, il y ait de bonnes raisons pour soutenir qu'il y a chose jugée, non-seulement relativement aux chefs sur lesquels le juge a statué, mais aussi relativement aux chefs sur lesquels ce juge aurait dû statuer. Il y a dans cette opinion de M. Griolet trace de l'influence prépondérante et exagérée de droit romain dans l'esprit de l'auteur.

M. Griolet nous permettra-t-il une autre critique? Nous disons une critique, nous avons tort, nous devrions dire l'expression d'un regret. Devant l'Académie de législation, le rapporteur, M. Albert, disait au nom de la commission d'examen qu'il était regrettable que M. Griolet n'eût pas donné à son œuvre un développement plus considérable. M. Albert avait raison. M. Griolet a été trop court; c'est un reproche que bien peu d'auteurs méritent, et que M. Griolet ne nous en voudra pas certainement de lui adresser. Il y a dans son livre matière pour deux ou trois volumes. Tel qu'il est, le traité dont nous rendons compte contient tout ce qui est nécessaire pour qu'un esprit déjà fait aux études juridiques apprenne et saisisse sous tous ses aspects, la théorie si difficile de la chose jugée. Mais les lecteurs ne sont pas toujours des juristes distingués, il faut faire la part de l'ignorance possible de quelques-uns d'entre eux. Il faut consentir à être élémentaire, et M. Griolet, à notre point de vue, ne l'est peut-être point assez. Son œuvre est celle d'un savant, ce n'est point celle d'un vulgarisateur. S'il nous était permis d'emprunter, en le paraphrasant, au rapporteur de l'Académie de législation, un passage de son rapport, nous dirions que M. Griolet, au lieu de suivre le chemin qui devait le faire descendre au niveau de la masse des lecteurs, a préféré suivre les sentiers qui mènent aux sommets de la science.

A-t-il bien fait?

Verville, dans un livre fort immoral, mais aussi fort curieux, disait que toutes routes sont bonnes qui mènent au triomphe.

La voie suivie par M. Griolet était excellente, puisqu'elle l'a conduit au succès.

GABRIEL DEBACQ.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. J. J. Delsol,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

DE L'APPLICATION DU STATUT PERSONNEL DE L'ÉTRANGER EN FRANCE.

Un point des plus délicats de notre droit civil est celui de l'application qui doit être faite en France du statut personnel de l'étranger. Tout le monde est d'accord sur les principes généraux de la matière. Ainsi, nul ne conteste que l'état et la capacité de l'étranger soient régis en France par la loi du pays auquel il appartient. Le Code, il est vrai, ne formule pas expressément ce principe ; mais l'ancien droit l'avait adopté, et du moment que le Code déclare que le Français restera, même à l'étranger, soumis à la loi française (C. Nap., art. 3), une juste et nécessaire réciprocité veut que l'étranger qui est en France reste aussi soumis à sa loi personnelle.

La règle que le statut personnel de l'étranger doit régir en France son état et sa capacité, est-elle absolue et sans restriction ?

Sur ce point encore, on s'accorde à reconnaître que l'application du statut personnel de l'étranger en France doit être circonscrite dans certaines limites[1].

La première de ces limites est dans l'ordre public tel que le législateur français l'a conçu et ordonné. Par exemple, si l'étranger qui vient en France appartient à un pays où la polygamie est permise, il ne pourra pas se prévaloir chez nous de la qualité d'époux légitime de toutes les femmes avec lesquelles il se serait marié, parce qu'en France l'ordre public, loin d'admettre la polygamie, la condamne comme criminelle (C. pén., art. 340).

La seconde limite que l'application du statut personnel de l'étranger rencontre en France résulte des droits mêmes qui appartiennent aux Français. Et en effet, lorsqu'il n'est pas possible de concilier l'intérêt d'un étranger invoquant son

[1] Fœlix et Demangeat, t. I, p. 24.

Digitized by Google

statut personnel avec l'intérêt d'un Français invoquant la loi française, il est évident que l'intérêt du Français doit prévaloir sur celui de l'étranger et que force doit rester à la loi française en lutte avec le statut personnel étranger. On doit être juste envers les étrangers; mais on doit plus encore ne pas devenir injuste envers les Français.

En somme, les principes incontestables et incontestés de la matière peuvent ainsi se résumer :

Le statut personnel de l'étranger le suit en France et y régit son état et sa capacité.

L'application de ce statut cesse dans deux cas :

1° Lorsqu'elle serait contraire à l'ordre public français;

2° Lorsqu'elle irait contre les droits d'un Français[1].

La mise en pratique de ces règles primordiales est aussi délicate que les règles elles-mêmes sont certaines. Assurément, il existe un ensemble de principes adoptés par tous les peuples, qui servent de fondement à la morale universelle et à l'ordre public considéré dans ce qu'il a de général et d'absolu. Mais, à côté de ces principes fondamentaux, on trouve dans les différentes législations une diversité très-grande dans les règles d'application et de détail.

Ainsi l'âge auquel les individus deviennent capables de contracter, de se marier et, en général, d'accomplir les divers actes de la vie civile n'est point partout le même ; et, pour envisager plus particulièrement ce qui concerne l'état civil des personnes, les conditions auxquelles sont subordonnées la célébration du mariage ou sa dissolution, la formation ou la preuve du lien de paternité ou de filiation légitime, légitimée, adoptive ou naturelle, en un mot les conditions constitutives de la famille et des rapports qui existent ou peuvent exister entre les personnes, sont, en bien des pays, tout à fait différentes. Chaque peuple a ses mœurs publiques, ses habitudes sociales comme il a son climat et son tempérament. Il ne faut donc pas s'étonner si l'ordre public n'est pas organisé partout de la même manière et si les conflits entre les statuts personnels étrangers et les lois françaises sont fréquents.

Mais quelle est la limite précise où ce conflit commence?

[1] Fœlix et Demangeat, t. I, p. 29.— Sintenis, t. Ier, p. 68.— Story, § 25. — Tittmann, § 11.

Digitized by Google

Quelle est l'étendue du contrôle que la justice française doit ou peut exercer sur l'application en France du statut personnel étranger? Jusqu'où s'étend son droit d'examen et de *veto*?

Tels sont les points que nous nous proposons d'étudier rapidement en parcourant les dernières décisions de la jurisprudence sur cette matière.

Dans la première des espèces jugées auxquelles nous faisons allusion, il s'agissait d'une question de filiation soulevée incidemment comme principe d'une obligation alimentaire contractée par un étranger envers un Français. Madame de Civry, née étrangère, mais naturalisée Française, réclamait des aliments au duc de Brunswick qu'elle prétendait être son père naturel. Celui-ci niait cette paternité, et la Cour impériale de Paris, devant laquelle le procès était porté, avait à juger la question de filiation pour juger la question de pension alimentaire qui en était le corollaire.

La demanderesse soutenait en principe que la question de filiation devait être résolue d'après le statut personnel du duc de Brunswick, son prétendu père naturel; elle ajoutait qu'en fait la loi de Brunswick permet la recherche de la paternité, que sa filiation naturelle était établie par une reconnaissance faite dans les formes admises par cette loi. Elle prétendait en outre qu'elle n'avait même pas besoin de rapporter cette preuve; car, d'après la même loi, il lui suffisait d'établir, pour avoir droit à des aliments, la simple cohabitation du duc de Brunswick avec sa mère à une époque correspondante à celle de sa conception.

La Cour impériale de Paris, 4e chambre, dans son arrêt en date du 2 août 1866, a bien admis le principe que la question de filiation devait être résolue par la loi du Brunswick; mais elle a repoussé la demande par le motif que l'application de cette loi en France serait contraire à l'ordre public qui prohibe chez nous la recherche de la paternité naturelle et ne permet pas davantage de fonder une action alimentaire sur la cohabitation du prétendu père naturel avec la mère à l'époque de la conception de l'enfant.

Voici les principaux considérants de cet arrêt[1]:

[1] V. *Bulletin de la Cour impériale* du 1re novembre 1866, p. 611 et s.

Digitized by Google

« Considérant que le droit qui appartient aux tribunaux « français d'appliquer les lois d'un pays étranger, dans cer- « taines contestations où les Français sont intéressés, s'arrête « devant un principe d'ordre public édicté par la loi française « et auquel porterait atteinte l'application d'un statut étranger; « que tel est le caractère de la disposition de l'article 340 « du Code Napoléon qui a interdit la recherche de la paternité, « dans l'intérêt des bonnes mœurs et de la sécurité des fa- « milles, et pour mettre fin aux débats scandaleux que, sous « l'ancien droit, les débats de cette nature faisaient naître de- « vant les tribunaux ; que cette recherche, permise par la loi « du Brunswick, ne peut être en France la base d'une action « et d'une décision de justice ; que l'on ne peut assimiler la « demande de la dame de Civry qui nécessiterait l'application, « par les juges français, d'une loi étrangère contraire à la loi « française, à l'action d'un étranger qui, après avoir fait fixer « par les tribunaux et d'après les lois de son pays un état que « la loi française ne lui aurait pas reconnu, ne demanderait à « la justice française que d'apprécier les conséquences de cet « état ainsi judiciairement déclaré; — Considérant, d'autre « part, que la cohibitation prouvée à l'époque déterminée par « la loi du Brunswick n'entraîne une pension alimentaire que « parce qu'elle se lie à l'idée de la paternité et la fait présu- « mer ; que c'est pour cela que les aliments sont dus, non à « la mère, mais à l'enfant ; que c'était par ce motif que notre « ancien droit admettait cette loi à côté de la recherche de la « paternité naturelle, la présomption de cette paternité résul- « tant de la cohabitation, et qu'elle y attachait les mêmes « effets; que les considérations d'ordre public qui ont fait « interdire la recherche d'une paternité certaine s'appliquent « également à la preuve qui serait offerte d'une paternité pos- « sible ou présumée ; que l'on ne saurait admettre, à l'aide « d'une distinction, qui ne serait qu'un moyen d'éluder une « prohibition expresse de la loi française, que cette preuve « puisse être tantôt permise et tantôt défendue, lorsqu'il s'agi- « rait de faits de même nature, d'une action et de débats qui « entraîneraient les scandales et les dangers qui ont fait in- « terdire la recherche de la paternité ; que c'est cette re- « cherche que poursuit en réalité la dame de Civry à l'aide des « pièces et des documents produits en vue d'établir, non une

Digitized by Google

« paternité présumée, mais les liens certains d'une filiation « naturelle comme principe de l'obligation alimentaire. »

La doctrine de l'arrêt peut se résumer ainsi : La recherche de la paternité permise par le statut étranger n'est pas recevable en France, parce qu'elle serait contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Cependant les tribunaux français devraient apprécier les conséquences d'une telle paternité, si l'étranger demandeur avait fait fixer son état par les tribunaux et d'après les lois de son pays ; d'où il est permis de conclure que madame de Civry aurait obtenu des aliments, si elle avait d'abord fait reconnaître sa filiation naturelle d'après la loi et devant les tribunaux du Brunswick.

Enfin, selon l'arrêt, les considérations d'ordre public, qui ont fait interdire la recherche de la paternité, empêchent également que l'on puisse baser une demande en pension alimentaire sur la cohabitation des prétendus père et mère naturels à l'époque de la conception de la partie demanderesse.

Une deuxième espèce, analogue à la précédente, s'est produite devant la première chambre de la Cour impériale de Paris. Une dame d'Almeida, fille naturelle de Pedro de Souza, sujet portugais, avait, après la mort de son père qui ne l'avait pas reconnue, poursuivi et obtenu, devant les tribunaux du Portugal, la constatation de sa filiation. Une fois cette preuve judiciairement établie, elle avait demandé et obtenu la délivrance de la succession paternelle, malgré la résistance de plusieurs parents légitimes du défunt. Mais une partie de la succession se trouvait en France, et un sieur de Camora, qui était légataire de l'un des parents légitimes, continua la lutte jusque devant les tribunaux français.

Son système consistait à dire, entre autres choses, que la qualité d'enfant naturel attribuée à la dame d'Almeida par le jugement de Lisbonne sur la recherche de la paternité ne pouvait être maintenu en France ; que ce jugement lui avait reconnu la qualité de fille naturelle contrairement à une règle d'ordre public et que, dès lors, il ne pouvait recevoir son exécution en France.

Un arrêt du 24 décembre 1866 [1] a répondu à ce système par les considérants suivants :

[1] *Bulletin de la Cour impériale* du 1er janvier 1867, p. 789.

Digitized by Google

« Considérant que la filiation légitime ou naturelle s'établit « par les règles du statut personnel ; qu'il est impossible « d'admettre que l'état des personnes suive les variations de « la législation des pays habités par elles, et que, par exem- « ple, l'enfant ou la femme, légitimes, d'après les lois de leur « pays, puissent cesser de l'être en pays étranger; — Consi- « dérant que l'immutabilité de l'état des personnes, loin de « blesser nulle part l'ordre public, a, au contraire, pour ré- « sultat de donner à la situation de tous une fixité indispensa- « ble à la sécurité des transactions de toute nature; — Consi- « dérant qu'ainsi les tribunaux français ne peuvent qu'accepter « l'état civil des étrangers tel qu'il est déterminé par les lois « de leur pays et que la femme d'Almeida doit être maintenue « dans la qualité qui lui a été reconnue par les juges portu- « gais; — Considérant surabondamment que la recherche de la « paternité n'est pas contraire aux règles fondamentales de « l'ordre public ; qu'elle constitue un droit naturel dont « l'exercice a pu être sagement interdit aux nationaux par la « loi française ; mais qu'il n'existe aucune raison pour imposer « une telle règle à la situation des étrangers pour lesquels la « législation de leur pays ne l'a point établie ; — Considérant « qu'ainsi la qualité d'enfant naturel de Pedro de Souza léga- « lement reconnue, ne peut être contestée à l'intimée ; que « les jugements et arrêts susdatés, émanés des tribunaux « portugais, l'ont reconnue en même temps héritière de son « père pour moitié. »

Si l'on rapproche la doctrine de cet arrêt de celle contenue dans l'arrêt précité de la quatrième chambre, on remarque une parfaite identité dans les principes, mais aussi une différence profonde dans leur application.

Aux yeux de la quatrième chambre, la recherche de la paternité naturelle est franchement contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Aux yeux de la première chambre, cette recherche n'est pas contraire aux *règles fondamentales* de l'ordre public et elle constitue même un *droit naturel*, dont l'exercice a pu toutefois être sagement interdit aux nationaux.

Enfin une troisième espèce a été jugée récemment par le tribunal civil de la Seine, quatrième chambre. Il s'agissait d'un étranger, né enfant naturel, et se prétendant légitimé,

Digitized by Google

selon la loi de son pays, par la simple reconnaissance authentique dont il avait été l'objet de la part de son père naturel.

Son adversaire soutenait qu'une telle légitimation ne pouvait être admise par la loi française et qu'elle était contraire à l'ordre public, parce qu'elle tendait à rendre le mariage inutile, les père et mère naturels pouvant se donner une descendance légitime en reconnaissant, à leur heure et selon leur fantaisie, les enfants naturels qui auraient été les fruits de leurs désordres.

Le tribunal, par un jugement en date du 3 avril 1868, a statué en ces termes :

« Attendu qu'en France les enfants légitimes ou légitimés « sont héritiers de leur père, et que la qualité de V... étant « reconnue d'après la loi brésilienne qui forme son statut « personnel, il ne s'agit plus de contester cette qualité qui « est indivisible et que la loi française reconnaît ; qu'il ne « s'agit pas de savoir de quelle manière V... est devenu légi- « time ou légitimé, mais si, dans cette qualité, il a pu dispo- « ser de l'immeuble de son père, soit à titre d'héritier, soit à « titre de légataire universel. »

La doctrine du jugement est bien nette et elle rentre pleinement dans celle de la quatrième chambre de la Cour impériale. Selon cette doctrine, la seule chose à envisager est la *qualité* en vertu de laquelle agit le demandeur étranger. Si cette qualité est régulièrement établie d'après les lois et devant les tribunaux du pays auquel le demandeur appartient, la justice française doit en déduire les conséquences. Spécialement ici l'étranger prouvait qu'il était légitimé selon son statut personnel, et à ce titre il réclamait les biens personnels situés en France. Dans cette situation, les tribunaux français devaient faire droit à sa demande, basée sur une qualité que nos lois reconnaissent, et ils ne devaient pas aller plus loin ni rechercher par quel mode cette qualité avait été obtenue en pays étranger.

On voit qu'une nuance très-sensible sépare cette doctrine de celle de la première chambre de la Cour impériale. Et en effet, la première chambre ne s'est pas bornée, dans son arrêt du 24 décembre 1866, à dire que la dame d'Almeida avait la qualité de fille naturelle judiciairement reconnue par les tribunaux portugais, et conséquemment tous les droits attachés

Digitized by Google

à cette qualité par la loi française ; elle a de plus examiné et apprécié la manière dont cette filiation naturelle avait été établie devant les tribunaux portugais, et elle a jugé que la recherche de la paternité n'est pas contraire aux règles fondamentales de l'ordre public et que même elle constitue un droit naturel.

Le rapprochement de ces diverses décisions soulève deux questions qu'il nous faut à présent résoudre.

La première est celle de savoir si l'on doit adopter le système étroit qui se borne à constater que la qualité, invoquée par l'étranger conformément à son statut personnel, ne blesse en France ni les bonnes mœurs ni l'ordre public, sans qu'on ait à examiner la source et la raison d'être de cette qualité; ou bien si l'on doit admettre le système plus large qui permet d'examiner la manière dont l'étranger a obtenu la qualité sur laquelle il base son action, et d'en rejeter les conséquences si le principe lui-même est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public tels que nous les concevons en France.

La deuxième question est celle de savoir à quels caractères on reconnaîtra si le statut personnel de l'étranger est contraire, soit dans son essence, soit dans son exercice, aux bonnes mœurs et à l'ordre public français.

La solution de la première question ne nous paraît point douteuse. Nous croyons que le droit et même le devoir de la justice française sont non-seulement de constater que la qualité invoquée par l'étranger en France d'après son statut personnel ne viole en rien chez nous l'ordre public ou les bonnes mœurs, mais encore d'examiner le principe duquel cette qualité dérive. Supposons, par exemple, qu'une loi étrangère permette le mariage entre frère et sœur. Admettra-t-on l'enfant issu d'une telle union à se prévaloir en France de la qualité d'enfant légitime et de recueillir, à ce titre, tous les biens que ses père ou mère y auraient laissés, à l'exclusion des parents légitimes du défunt? Ne serait-ce pas là violer une règle fondamentale de notre ordre public et donner une consécration scandaleuse à l'inceste? Supposons encore que plusieurs enfants, issus d'un père polygame, dans un pays où la polygamie est permise, revendiquent en France les droits d'enfants légitimes. Va-t-on dire que tous ces enfants sont égaux en qualité et que tous sont également légitimes? Notre ordre

Digitized by Google

public, nos bonnes mœurs s'y opposent évidemment, et l'on pourra tout au plus traiter les enfants nés de tous les mariages subséquents et contemporains au premier, comme nés de mariages putatifs [1].

C'est donc avec raison que la première chambre de la Cour Impériale de Paris, après avoir constaté que la dame d'Almeida avait, d'après la loi de son pays, la qualité de fille naturelle, a décidé que la recherche de la paternité, au moyen de laquelle elle avait établi en Portugal sa filiation, n'est pas elle-même contraire aux bases fondamentales de notre ordre public et ne constitue au fond que l'exercice d'un droit naturel.

Quant à la seconde question, voici, selon nous, par quelle distinction il faut la résoudre.

Toutes les fois que le statut étranger sera, par son *essence* ou par son *exercice*, contraire à la loi française, son application en France devra être repoussée. Un double exemple fera comprendre notre pensée.

Supposons un enfant né d'une union permise à l'étranger, mais considérée en France comme incestueuse ou adultérine. Cet enfant ne pourra pas, à notre avis, invoquer chez nous la qualité d'enfant légitime, parce que le principe même sur lequel repose le statut étranger est contraire à notre ordre public. Pareillement si un enfant naturel, né d'un père étranger, veut rechercher en France la paternité en se basant sur sa loi personnelle, il ne devra pas être admis à cette recherche, parce que si le principe même du statut étranger n'est pas contraire à l'ordre public en tant qu'il autorise la recherche de la paternité, l'*exercice* de cette faculté est regardé chez nous comme dangereux et à ce titre justement prohibé.

Mais, par contre, nous dirons que si l'étranger se borne uniquement à demander à la justice française de consacrer en sa faveur la conséquence d'une qualité qui lui a été reconnue par les lois et par les tribunaux de son pays et qui n'est elle-même ni méconnue ni repoussée par la loi française, nos tribunaux devront faire droit à une telle demande chaque fois que le statut étranger ne reposera pas sur un principe subversif des bonnes mœurs et de l'ordre social. Et à cet égard, il faut, se-

[1] Fœlix et Demangeat, t. I, p. 29 *a*.

Digitized by Google

lon nous, ne tenir compte que des notions en quelque sorte universelles, admises par tous les peuples civilisés, en fait de morale et d'ordre public, et ne pas se préoccuper de la réglementation toujours plus ou moins arbitraire que chaque peuple donne chez lui à l'ordre social. Ainsi la recherche de la paternité naturelle, qui est prohibée chez nous, n'a rien par elle-même de blessant pour les bonnes mœurs et l'ordre public, et l'on conçoit très-bien qu'une législation même très-épurée l'admette. L'enfant qui, selon les lois et les tribunaux de son pays, aura établi sa filiation naturelle, sera donc recevable à exercer chez nous tous les droits que cette qualité lui confère; et, au contraire, l'enfant né de l'inceste ou de l'adultère ne pourra jamais se prévaloir en France de la qualité d'enfant légitime que la loi de son pays lui attribuerait, parce que, dans ce dernier cas, le statut personnel étranger est *essentiellement* contraire à un principe *universellement* admis en fait de bonnes mœurs et d'ordre public.

De même dans la question si controversée de savoir si l'on doit permettre en France le mariage à des époux étrangers divorcés selon la loi et devant les tribunaux de leur pays, nous dirons : Le divorce n'est pas par lui-même essentiellement contraire à l'ordre public, et la preuve en est dans le Code Napoléon qui l'avait d'abord autorisé. En conséquence, les époux étrangers qui ont fait briser leur union conformément à leur statut personnel et devant leurs tribunaux, ont recouvré leur liberté, et chacun d'eux peut contracter en France une nouvelle union[1]. Que si, au contraire, ils n'avaient pas fait prononcer leur divorce devant les tribunaux de leur pays, ils ne seraient pas recevables à le demander en France, parce que, chez nous, l'*exercice* d'un tel droit est contraire à l'ordre public tel qu'il est actuellement organisé. Dans ce cas, ce n'est point l'*essence* du droit qui contrarie l'ordre public français, mais c'est son *exercice*, et cela suffit pour qu'une telle demande doive être rejetée.

Telle nous paraît être la vraie doctrine dans les questions épineuses qui ont été tranchées par les trois décisions judiciaires que nous venons de rapporter, comme dans les ques-

[1] *Sic*, Demolombe, n° 101. *Contrà*, arrêt de Paris, 30 août 1824 et 28 mars 1848.

Digitized by Google

tions analogues qui peuvent naître du conflit de la loi personnelle étrangère avec les principes de notre ordre public.

J. J. DELSOL.

EXAMEN DOCTRINAL.

Par M. Tambour,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

LES TRIBUNAUX FRANÇAIS SONT-ILS COMPÉTENTS POUR PRONONCER SUR LA DEMANDE EN NULLITÉ DE MARIAGE FORMÉE PAR UNE FEMME FRANÇAISE MARIÉE A UN ÉTRANGER ?

La Cour impériale de Paris (première et deuxième chambres réunies) vient de résoudre par un récent arrêt une question de compétence qui présente un grand intérêt, et sur laquelle nous croyons devoir appeler l'attention des lecteurs de la *Revue*.

Une française épouse un étranger ; le mariage est célébré en pays étranger ; quelques années après, la femme en demande la nullité et porte son action devant un tribunal français[1]. Ce tribunal doit-il se déclarer compétent malgré le refus du mari d'accepter la juridiction française ?

Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris l'ont admis.

« Attendu, porte le jugement, que la femme, française d'origine, qui épouse un étranger en pays étranger, suivant les formes en usage dans ce pays, a le droit de demander la nullité de son mariage devant les tribunaux français, alors que l'examen et l'appréciation de la question de nullité reposent sur des faits antérieurs à la célébration du mariage ou simultanés, l'ayant préparé et consommé, qu'on soutient contraires à une loi d'ordre public en France ; qu'il suffit qu'elle ait la qualité de française au moment de son mariage, dont la validité est mise en question, pour qu'elle puisse invoquer l'article 14 du Code Napoléon, qui soumet les étrangers à la juridiction des tribunaux français, à raison des obligations par eux contractées en pays étranger envers des Français. »

[1] V. le *Droit* du 7 mars 1868.

Digitized by Google

Ce raisonnement serait péremptoire, s'il suffisait pour qu'un étranger pût être traduit devant les tribunaux français en vertu de l'article 14 du Code Napoléon, qu'il s'agît d'obligations contractées envers un Français. Mais une autre condition est nécessaire. Il faut que le demandeur soit encore Français au moment où il intente l'action. La femme doit-elle dans l'espèce être réputée française ou étrangère? Tel est, selon nous, le point sur lequel porte toute la difficulté. Or, le tribunal de la Seine, loin de résoudre cette seconde question, ne l'a pas même discutée.

Aussi la Cour de Paris, tout en admettant les motifs donnés par le tribunal, a-t-elle cru devoir les compléter.

« Considérant, dit-elle, que l'intimée est née française, qu'elle n'a pu perdre cette qualité que par un mariage valable avec un étranger; que la validité de ce mariage étant précisément le sujet de la contestation, laisse la qualité nouvelle de la femme non établie tant que la question n'est pas résolue; qu'il faudrait préjuger le fond du droit pour admettre l'exception opposée par le défendeur et reconnaître d'avance à l'acte de mariage la valeur qui lui est contestée [1]. »

Ces motifs de l'arrêt ne nous semblent pas à l'abri de toute critique.

Lorsqu'un acte existe il ne cesse pas d'entraîner ses conséquences légales, par cela seul qu'une partie vient soutenir devant la justice qu'il est entaché de nullité. Quelque éclatantes que soient les preuves sur lesquelles on se fonde, quelque évidente que puisse paraître la nullité de l'acte, il doit produire tous ses effets, tant qu'une décision judiciaire ne l'a pas déclaré nul : « Les actes entachés de nullité, dit Zachariæ (§ 37, t. I, p. 114) sont efficaces tant que l'annulation n'en a pas été prononcée par le juge. »

En est-il à cet égard du mariage comme des autres actes? On ne pourrait assurément s'appuyer sur aucun article de nos Codes pour le nier. A défaut d'un texte de loi, serait-on du moins autorisé à invoquer la pensée du législateur? Dans le cours de la discussion du titre du mariage Tronchet eut l'occasion de s'expliquer nettement sur ce point : « ....Dès qu'il existe un acte matériel, dit-il, il y a mariage, qui peut

[1] Arrêt du 2 mars 1868.

Digitized by Google

cependant être nul s'il n'est pas intervenu de consentement, *et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité....* S'il existe un acte, quoiqu'il n'y ait pas de consentement la foi est due à l'acte, *et il conserve sa force jusqu'à ce qu'il ait été déclaré nul....*[1] » La lecture du procès-verbal de la séance prouve d'ailleurs clairement que ces paroles étaient l'expression non pas seulement de l'opinion personnelle de Tronchet, mais de la pensée du Conseil d'État tout entier.

Faisant application de ces principes à la question que nous examinons, n'a-t-on pas le droit de dire : Un des effets du mariage contracté par un étranger avec une française est de faire perdre à celle-ci sa nationalité primitive et de lui conférer celle de son mari ; la femme française mariée avec un étranger doit donc être réputée étrangère tant que la nullité du mariage n'a pas été prononcée par la justice ?

Mais, objecte la Cour de Paris, la validité du mariage étant contestée, ce serait préjuger le fond du droit que d'admettre l'incompétence du tribunal français, puisque la femme n'est étrangère que si le mariage est valable.

Le reproche formulé par la Cour de Paris n'est-il pas précisément celui qui peut être adressé à la doctrine qu'elle a consacrée ? Dire que la femme doit être réputée française parce qu'elle conteste la validité de son mariage, c'est évidemment préjuger le fond du droit, puisque c'est considérer d'avance, au point de vue de la compétence, le mariage comme nul. Dire au contraire que la femme doit être réputée étrangère puisque le mariage n'a pas été annulé, ce n'est pas préjuger le fond du droit ; c'est simplement appliquer la règle générale d'après laquelle les actes dont l'annulation est demandée doivent continuer de produire leurs effets légaux tant que la nullité n'en a pas été prononcée par les tribunaux.

Au surplus la doctrine et la jurisprudence ont déjà appliqué la règle, que nous invoquons, à l'occasion d'une question présentant une très-grande analogie avec celle qui était soumise à la cour de Paris.

Lorsqu'une femme intente une action en nullité de mariage, a-t-elle besoin de l'autorisation maritale ? On a peine tout

[1] Locré, t. IV, p. 437 et 439.

Digitized by Google

d'abord à comprendre que la femme soit obligée de demander à son mari l'autorisation de former contre lui une demande en nullité de mariage. Et cependant la presque unanimité des auteurs et des arrêts admet qu'elle ne saurait s'affranchir de cette obligation.

« Si c'est par action principale qu'elle forme sa demande, dit Merlin (*Répertoire*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2), nul doute que l'autorisation de son mari ou de la justice ne lui soit indispensable..... *Mariée de fait la femme est censée l'être de droit tant qu'un jugement n'a pas déclaré son mariage nul.* Ce n'est donc que comme mariée qu'elle peut poursuivre ce jugement; et elle ne peut, comme telle, le poursuivre légalement qu'avec l'autorisation de son mari ou de la justice. »

« En vain dirait-on qu'elle se contredirait elle-même, si elle procédait comme femme mariée, alors qu'elle agit pour faire juger qu'elle ne l'est pas. »

« L'action qu'elle intente pour faire juger qu'elle n'est pas mariée de droit, emporte implicitement, de sa part, la reconnaissance qu'elle est mariée de fait..... Ce qui prouve d'ailleurs d'une manière sans réplique, que la demande en nullité d'un mariage n'empêche pas que le mariage ne soit provisoirement considéré comme existant et produisant tous les effets qui y sont attachés, c'est que, si c'est le mari qui forme cette demande contre la femme séparée de fait d'avec lui, elle doit être formée, non devant le juge de la résidence actuelle de la femme, mais devant celui du domicile du mari. »

« La femme en demandant la nullité de son mariage, dit également M. Demolombe (t. IV, n° 127), reconnaît quant à présent du moins qu'il existe. Or si le mariage existe, il doit produire ses effets tant qu'il n'a pas été annulé... »

(Voy. aussi Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 124. — Massé et Vergé, t. I, p. 233; Chauveau, n° 2914 ter.)

La cour de cassation appelée à examiner cette même question avait, par un premier arrêt du 31 août 1824, décidé que l'autorisation maritale n'était pas nécessaire; mais elle a depuis très-énergiquement consacré la doctrine contraire par trois arrêts, des 21 janvier 1845, 10 février 1851 et 19 mai 1858 (Devill. 45, 1, 367; 51, 1, 202; 58, 1, 720. Voy. également, Lyon, 4 avril 1867; Devill. 67, 2, 290).

Nous devons ajouter toutefois qu'on peut invoquer dans le

Digitized by Google

sens de la solution donnée par la cour de Paris l'opinion de deux jurisconsultes, dont l'autorité est grande en matière de droit international. M. Fœlix admet la compétence des tribunaux français, au cas d'une demande en nullité de mariage formée par une femme française d'origine qui a épousé un étranger, et notre savant maître, M. Demangeat, dans les excellentes notes dont il a enrichi l'œuvre de M. Foelix, se prononce en faveur de cette même doctrine :

« La femme française mariée à un étranger, dit M. Fœlix (*Traité de droit international*, t. I, n° 175), peut porter devant les tribunaux français sa demande en nullité de mariage. En contractant mariage avec elle, l'étranger a contracté envers elle des obligations, parmi lesquelles se trouve évidemment celle de répondre à une demande en nullité de mariage. »

M. Demangeat reconnaît lui-même que la raison sur laquelle s'appuie M. Fœlix est loin d'être concluante : « M. Fœlix, dit-il, ne fait pas valoir l'argument décisif sur la question. Si dans l'espèce il y a lieu d'appliquer l'article 14, c'est que la femme qui demande la nullité de son mariage soutient par là même qu'elle est restée française. »

Sans-doute, répondrons-nous, la femme prétend être française ; mais cela ne suffit pas pour que légalement elle doive être considérée comme telle. Elle ne peut recouvrer son ancienne nationalité qu'à la condition de faire annuler son mariage. Tant que les tribunaux n'en ont pas prononcé la nullité, elle doit être réputée étrangère. Si la femme est soumise à la nécessité de l'autorisation maritale parce que le mariage doit produire tous ses effets jusqu'à ce qu'il soit annulé, la logique veut que jusqu'à ce moment elle conserve également la qualité d'étrangère. Le changement de nationalité n'est-il pas, comme la puissance maritale, une des conséquences légales attachées au mariage?

ERNEST TAMBOUR.

Digitized by Google

DE LA CONTREBANDE DE GUERRE.

(HISTOIRE ET JURISPRUDENCE.)

Par Alexandre BASILY [1].

CHAPITRE IV.

De l'action.

Le transport par voie maritime d'objets de contrebande de guerre dans le territoire de l'une des parties belligérantes, constitue l'acte de contrebande.

Cette définition découle des considérations ci-après :

I. Ce n'est point le commerce en général des marchandises de contrebande de guerre qui constitue une infraction aux devoirs de la neutralité; c'est le transport de ces marchandises dans les ports des belligérants qui constitue l'infraction. A ce point de vue, quelques publicistes ont même établi une distinction entre le commerce actif et le commerce passif des objets de contrebande [2].

Nous avons déjà démontré que les neutres sont tenus de ne fournir aux belligérants aucun objet de contrebande de guerre Mais vendre ces objets sur un territoire neutre — ce n'est point les fournir au belligérant. C'est à tort qu'on a prétendu que la vente des objets de contrebande de guerre sur un territoire neutre à des sujets d'une puissance belligérante équivaut à la fourniture, par la raison que toute opération commerciale contribue à rapprocher la marchandise du consommateur. Ce n'est que le transport de ces objets sur le territoire du belligérant qui le met à même de s'en servir ; ce n'est donc que ce transport qui est une violation des devoirs de la neutralité. Tant qu'ils restent sur un territoire neutre, ils ne peuvent en aucune manière nuire à l'autre belligérant, et ce dernier n'a pas le droit de s'opposer aux transactions commerciales dont ils peuvent être l'objet. Au surplus le neutre, qui se borne à vendre sur son territoire des marchandises de contrebande,

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 238, 368 et 424.

[2] Massé, *Droit commercial*, t. I, § 203, p. 206.

Digitized by Google

n'est en aucune façon tenu d'en connaître la destination ultérieure; il peut même ignorer qui les lui achète. Autrement, s'il fallait considérer comme incompatible avec la neutralité toute opération commerciale, qui pourrait aider les belligérants à se procurer les marchandises de contrebande de guerre — il faudrait prohiber tout commerce et même toute production de ces marchandises sur un territoire neutre. Rien ne prouve cependant que la totalité de ces marchandises est destinée aux belligérants — et, par conséquent, la prohibition serait injuste. Elle frapperait une branche de commerce qui n'a peut-être aucun rapport avec les belligérants.

De plus, peut-on exiger qu'une puissance neutre supprime toute production d'objets nécessaires à la guerre, et désarme ainsi au moment où ses voisins ont sur pied toutes leurs forces militaires?

Le droit international doit donc reconnaître que le commerce d'objets de contrebande de guerre dans les limites d'un territoire neutre, c'est-à-dire le commerce passif de ces objets, ne constitue point la contrebande de guerre; par conséquent, les sujets neutres, nous ne disons point les gouvernements neutres eux-mêmes, peuvent vendre chez eux ces produits à des sujets des puissances belligérantes, et même directement aux gouvernements[1]. Mais pour conserver une parfaite impartialité envers les belligérants, les gouvernements neutres doivent accorder aux marchands respectifs des deux partis des droits tout à fait égaux.

Nous venons de voir un exemple de l'application de ce principe dans la guerre civile des États-Unis d'Amérique. La Grande-Bretagne a permis aux deux partis de construire et d'armer dans ses ports des bâtiments de guerre, même des monitors, des navires blindés, etc.

II. Pour constituer l'acte de contrebande de guerre, le transport doit être fait par voie maritime. Cette restriction ne se rapporte qu'à l'application pratique du principe même; cependant la théorie du droit international a dû admettre cette

[1] La défense, faite par quelques puissances de l'exportation des objets propres à la guerre, ou même de leur production et de leur commerce en général, n'est qu'une mesure de police intérieure qui n'a aucun rapport avec les lois de la neutralité.

Digitized by Google

restriction, afin de prévenir la violation des lois internationales. La voie par laquelle s'effectue la contrebande de guerre ne peut certainement pas en modifier la portée. Peut-on en effet considérer comme une infraction aux lois de la neutralité la fourniture des marchandises de contrebande, lorsqu'elle se fait par voie maritime, et tolérer le même acte lorsqu'il s'opère par voie de terre?

Ainsi, au point de vue abstrait, le transport des objets de contrebande par voie de terre est une infraction aux devoirs de la neutralité, tout aussi grave que le transport de ces mêmes objets par voie maritime. Cette déduction est inévitable dans la théorie; mais la pratique reconnaît que la contrebande de guerre a lieu seulement sur mer. C'est que les gouvernements neutres, comme nous l'avons déja établi, ne peuvent point empêcher leurs sujets de fournir aux belligérants des marchandises de contrebande; ils se bornent à priver ce commerce de toute protection, et par là même ils reconnaissent aux belligérants le droit de le réprimer. Le belligérant, de son côté, ne peut pas prévenir la fourniture de ces objets à son ennemi par voie de terre, vu que cette fourniture se fait par la frontière d'une puissance neutre, où il ne peut exercer aucune juridiction. Il n'y a donc aucun moyen de réprimer la contrebande de guerre par voie de terre, et c'est pourquoi la science même du droit international s'abstient d'établir des principes à cet égard.

L'accès de la mer est libre. La mer n'est point l'apanage d'une puissance quelconque. C'est pourquoi le belligérant, sans aucune violation de ses devoirs à l'égard des neutres, peut reprimer un commerce qui, en vertu des prescriptions du droit international, ne jouit d'aucune protection. Les traités ne font non plus mention que de la contrebande de guerre par voie maritime. Quant à la répression de l'acte de contrebande de guerre par voie territoriale, elle est réservée au gouvernement compétent.

S'il ne remplit pas ce devoir d'équité internationale, le belligérant peut s'en plaindre, comme de tout autre acte de partialité préjudiciable à son égard.

III. Il est évident que le transport des marchandises de contrebande dans tout autre territoire, si ce n'est dans celui du belligérant, ne constitue point une violation du droit inter-

Digitized by Google

national. Quelques publicistes, entre autres Cussy[1], ont qualifié d'acte de contrebande de guerre le transport de cette catégorie d'objets dans un territoire neutre plus rapproché du belligérant. Cette opinion nous paraît foncièrement erronée ; le principe de la liberté absolue du commerce entre les neutres conserve toute sa vigueur.

CHAPITRE V.

De la répression de la contrebande de guerre.

Nous abordons l'examen des mesures par lesquelles la puissance belligérante peut prévenir l'approvisionnement de son adversaire d'objets de contrebande de guerre.

Le droit international en vigueur reconnaît que les puissances neutres ne sont pas tenues de réprimer l'acte de contrebande de guerre. Par conséquent elles ne sont nullement responsables de cette violation des devoirs de neutralité par leurs sujets. Précisément à cause de cette absence de responsabilité de leur part, il est évident que ces puissances ne peuvent pas refuser aux belligérants le droit de répression. Toute protection de ce commerce illicite équivaudrait à une violation des devoirs de neutralité, et rendrait le neutre coupable de connivence. Le gouvernement neutre ne doit même pas considérer comme appartenant à ses sujets les marchandises de contrebande de guerre dirigées vers le territoire du belligérant[2] ; c'est ce que les gouvernements neutres déclarent habituellement à leurs sujets après avoir reçu la notification de l'état de guerre. Il s'ensuit que les gouvernements neutres ne sont pas en droit de se considérer comme lésés lorsque le belligérant, en vertu de son droit de légitime défense, confisque sur mer, hors de leurs territoires, des marchandises de contrebande appartenant à leurs sujets. C'est en vertu de ces principes que le droit international reconnaît aux belligérants le droit de confiscation. Cette juridiction est d'ailleurs strictement limitée aux seuls objets de contrebande de guerre. Elle ne peut s'étendre au reste de la cargaison,

[1] *Causes célèbres du droit maritime*, part. II, p. 226.

[2] Cette règle est exprimée dans l'axiome : « Le pavillon ne couvre pas les marchandises de contrebande de guerre. »

Digitized by Google

moins encore au vaisseau et à l'équipage, qui jouissent comme par le passé de la protection de leur pavillon. Le belligérant ne peut pas exercer en dehors de son propre territoire son droit de juridiction, et la mer ne saurait être considérée comme soumise à sa juridiction. Par conséquent il n'a pas le droit d'appliquer une pénalité quelconque au délit même de la violation des lois internationales par des sujets neutres. La confiscation des objets seuls de contrebande de guerre ne doit pas être considérée comme une pénalité : ce n'est en réalité qu'une mesure préventive, nécessitée par le droit de légitime défense, à laquelle doivent être sacrifiés les intérêts privés qui en souffrent. La confiscation ne serait même pas admise par le droit international, si le belligérant pouvait garantir ses droits par quelque autre moyen. Elle est inévitable. Le séquestre, ou toute autre mesure analogue, serait inefficace; les chances de gain prévaudraient sur les dommages éventuels; des tentatives de contrebande seraient incessantes, et le belligérant aurait été réduit à la nécessité d'un blocus effectif de tout le territoire ennemi, ce qui dans la plupart des cas est impraticable. Renoncer au droit de confiscation, ce serait renoncer à tout droit de répression. Il est d'ailleurs évident que la confiscation même ne peut pas être considérée comme un acte d'injustice : ceux qui en sont lésés ont évidemment violé un droit incontestable; l'intérêt, qui est peut-être l'unique mobile de leur action, n'en atténue point la portée : tout intérêt doit être assujetti aux prescriptions du droit. Ils ne peuvent pas non plus alléguer l'ignorance de l'état de guerre ou de l'illégalité de ce commerce, car leur gouvernement a fait connaître à ses sujets l'état de guerre, dès qu'il en a reçu la notification; or le belligérant n'exerce son droit de confiscation qu'après avoir notifié l'état de guerre. C'est ainsi que la théorie du droit international légitime pleinement la confiscation des marchandises de contrebande de guerre.

Ce principe est reconnu par l'immense majorité des publicistes. Il en est cependant qui ne l'admettent point, ce qui a lieu pour tous les principes du droit de la guerre, principes toujours contestables par leur essence même. Klüber[1],

[1] *Das Europäische Völkerrecht*, § 289.

Digitized by Google

Pinheiro-Ferreira[1] et d'autres sont de ce nombre. Le premier ne fait valoir aucune raison à l'appui de son opinion. Pinheiro-Ferreira invoque la liberté absolue du commerce des neutres même avec les belligérants. L'inanité de ce raisonnement est évidente : le neutre avant tout est tenu de s'abstenir de la contrebande de guerre, et la confiscation ne peut pas être considérée comme une pénalité.

Quant aux traités, il n'y en a que deux qui enlèvent aux belligérants le droit de confiscation : ce sont ceux de la Prusse avec les États-Unis d'Amérique des années 1785 (de la Haye, 10 septembre) et 1799 (de Berlin, 11 juillet)[2]. Mais les prescriptions n'en ont jamais été appliquées. Voici le texte du treizième article du premier de ces traités : « Dans le cas où « l'une des parties contractantes se trouverait en guerre avec « une autre puissance, il a été convenu que, pour prévenir les « difficultés et les discussions qui surviennent ordinairement « par rapport aux marchandises ci-devant appelées de con- « trebande, telles que armes, munitions et autres provisions « de toute espèce, aucun de ces articles, chargés à bord des « vaisseaux de citoyens ou sujets de l'une des parties, et des- « tinés pour l'ennemi de l'autre, ne sera censé de contrebande « au point d'impliquer confiscation ou condamnation, et d'en- « traîner la perte de la propriété des individus. Néanmoins il « sera permis d'arrêter ces sortes de vaisseaux et effets et de « les retenir pendant tout le temps que le preneur croira né- « cessaire pour prévenir les inconvénients et les dommages « qui pourraient en résulter autrement; mais dans ce cas on « accordera une compensation raisonnable pour les pertes « qui auront été occasionnées par la saisie, et il sera permis « en outre aux preneurs d'employer à leur service, en tout ou « en partie, les munitions militaires détenues, en payant aux « propriétaires la pleine valeur à déterminer sur le prix qui « aura cours à l'endroit de leur destination; mais dans le « cas énoncé d'un vaisseau arrêté pour des articles ci-devant « appelés contrebande, si le maître du navire consentait à dé-

[1] *Cours du droit public interne et externe*, part. II, p. 112 (édit. 1830).

[2] Martens, *Recueil*, t. VI, p. 679, et *Nouveau recueil*, t. VII, p. 615; Herzberg, *Recueil*, t. I, p. 461. Les deux traités en question ont été conclus pour un terme de dix ans; le dernier fut renouvelé en 1828, le 1er mai, à Washington.

Digitized by Google

« livrer les marchandises suspectes, il aura la liberté de le « faire, et le navire ne sera plus amené dans le port ni dé- « tenu plus longtemps, mais aura toute liberté de poursuivre « sa route[1]. » On voit par la teneur de cet article que le traité dont il fait partie ne supprime nullement la défense de la contrebande de guerre, comme on aurait pu le supposer par l'expression : « articles ou objets ci-devant appelés de contrebande; » il ne fait que substituer à la confiscation la vente obligatoire, en vertu du droit de préemption, ou bien le séquestre avec indemnité au profit du propriétaire. Nous avons dit plus haut que ce traité n'a pas eu d'application, et nous nous croyons en droit de douter qu'il pût jamais en avoir. On y reconnaît les théories humanitaires de Franklin, qui a signé ce traité avec Jefferson et Adams, plénipotentiaires des États-Unis, et M. de Thulemeyer, plénipotentiaire prussien[2]. Il est permis de supposer que ces sortes de théories trouvèrent place dans un traité public par la raison que les puissances contractantes n'avaient presque pas de chances d'être obligées d'en essayer l'application. Il en est de même du traité de 1799 et de celui de 1828 qui le reproduit.

On cite aussi des lois intérieures qui ne reconnaissent point le droit de confiscation, et nommément dans l'ancienne législation française, le règlement de Henri III de 1584; celui-ci établit le principe de l'indemnité, selon l'appréciation de l'amiral, au profit du propriétaire. Ce n'est que depuis l'ordonnance de Louis XIV, du mois d'août 1681, que la législation intérieure de la France reconnaît le droit de confiscation.

Il résulte des principes ci-dessus énoncés à l'égard de la répression, que le navire, et moins encore le reste de la cargaison, ne sont point passibles de confiscation.

D'ailleurs cette règle n'est pas admise par tous les publicistes. Bynkerskoëk[3], tout en reconnaissant l'usage en vigueur de

[1] Garden, *Histoire des traités de paix*, t. V, p 6, remarque 1°.

[2] On reconnait le même esprit philosophique et humanitaire qui présidait à la rédaction de ce traité dans deux autres articles, qui y sont également insérés : celui qui limite les opérations de la guerre (art 23) et celui qui adoucit le sort des prisonniers de guerre (art. 24). Le plus pratique de tous ces principes, celui qui est inséré dans l'article 24, stipule qu'en cas de guerre entre les deux puissances contractantes, des commissaires seraient réciproquement admis pour surveiller le sort des prisonniers de guerre.

[3] *Quæstiones juris publici*, liv. I, ch. XII.

Digitized by Google

son temps, qui limitait la confiscation aux marchandises de contrebande seules, observe que l'usage ne doit point être considéré comme la source unique du droit international, et qu'une théorie plus rationnelle doit soumettre cet usage à de certaines restrictions. Il admet donc la confiscation du vaisseau, même dans le cas où le propriétaire aurait été convaincu d'avoir su qu'il porte la contrebande.

Cette même opinion est énoncée dans les ouvrages de Heineccius[1], dans ceux de Cocceius[2] et de plusieurs autres. Ces publicistes se fondent sur le passage suivant du Code Justinien : « Dominus navis si illicite aliquid in nave vel ipse, vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicetur. Quod si absente domino id a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur, commissis mercibus; navis autem domino restituitur[3]. »

Heineccius, invoquant à l'appui de son opinion des actes du droit positif, cite en outre l'édit des États-Généraux de Hollande de l'année 1648 et un décret du gouvernement danois de l'année 1659; mais à l'égard de ce dernier décret il y a erreur évidente dans l'ouvrage de Heineccius : cet acte contient une longue liste d'objets de contrebande, mais il n'y est pas question de confiscation du vaisseau[4]. Hoffier lui-même ne se décide pas à nier aux belligérants le droit de confisquer un navire neutre chargé de marchandises de contrebande « dans le cas où ses armateurs ou propriétaires avaient pleine connaissance de la destination clandestine du chargement ou de la cargaison[5]. » Massé, tout en admettant que « lorsqu'un navire est chargé à la fois de marchandises libres et de marchandises de contrebande, on ne peut confisquer la marchandise libre et le navire avec la contrebande, parce que le belligérant ne peut empêcher le commerce de la marchan-

[1] *De navibus ob vecturam mercium vetitarum commissis*, cap. II, § 3.

[2] *De commissis*, § 35

[3] Digesta, lib. XXXIX, tit. IV, *De publicanis, et vectigalibus, et commissis*, loi XI (citation de Paulus), § 2 (édit Beke de l'année 1829, p. 561). Remarquons, comme le fait très-bien Lampredi (*Del commercio dei populi neutrali in tempo di guerra*, p. 104, remarque I), qu'il s'agit d'une loi de douane qui ne peut dans aucun cas être appliquée au droit international.

[4] V. Robin-on's *Collectanea maritima*, p. 185.

[5] *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, § 161.

Digitized by Google

dise libre, » reconnaît en principe aux belligérants le droit de confisquer le navire dans le cas seul où la totalité de la cargaison est composée d'objets de contrebande de guerre; « car, dit-il, alors il ne se trouve plus protégé par la marchandise libre au transport de laquelle il n'est pas employé; » mais au point de vue pratique il admet la confiscation du navire dans le cas aussi où presque toute la cargaison consiste en marchandises de contrebande, de sorte qu'il justifie la disposition du règlement français de l'année 1778, qui, comme nous le verrons plus bas, exige pour la confiscation du navire « que les marchandises de contrebande composent les trois quarts de la valeur du chargement[1]. » Wheaton admet la confiscation du navire et de la cargaison dans les cas suivants : 1° si le navire et les marchandises innocentes appartiennent au propriétaire de la contrebande; 2° si le transport de la contrebande est fait avec fraude; 3° si le navire appartient au sujet d'une puissance liée avec le belligérant par un traité au sujet de la contrebande[2].

Les opinions sont tout aussi différentes au sujet de la confiscation des marchandises libres. Heineccius[3], Ortolan[4], Massé[5] et d'autres n'admettent dans aucun cas la confiscation de cette partie de la cargaison. Bynkerskoëk[6] et d'autres publicistes admettent au contraire la confiscation des marchandises libres, quand elles appartiennent au propriétaire des objets de contrebande.

[1] *Droit commercial*, part. I, § 216.

[2] *Elements of International law*, t. II, p. 217.

[3] *De navibus ob vecturam mercium vetitarum commissis*, cap. II, § 7; il y est dit : « Enim vero quamvis in se injustum non videatur ejus modi commissi pœnam denuntiare iis qui merces prohibitas advehere non dubitaverint, maxime cum eo major plerumque dolus subsit si merces licitæ illicitis misceantur, tamen æquitati magis consentaneum est eas tantum merces quæ adversus legem vehuntur in commissum cadere una cum nave. Certe enim juris est utile per inutile non vitiari, nec pœnam esse, nisi ubi delictum fuit; et hanc æquitatem passim hodie sequuntur gentes. »

[4] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, v. II, ch. VI, p. 216.

[5] *Droit commercial*, v. I, § 215, p. 216.

[6] *Quæstiones juris publici*, lib. I, cap. XII; il y est dit : « Distinguendum putem an licitæ et illicitæ merces ad eumdem dominum pertineant, an ad diversos : si ad eumdem, omnes recte publicabantur, ob conscientiam delicti; si ad diversos, qui navi imposuerunt, alteri alterius factum non nocebit. »

Digitized by Google

A l'égard de la répression de la contrebande de guerre, les traités sont rationnels. Nous n'en connaissons aucun qui autorise la confiscation du vaisseau et de la totalité de la cargaison [1]; et cette abstention est une garantie suffisante : nous avons déjà eu l'occasion de signaler que toutes les restrictions opposées au commerce neutre en temps de guerre ne sont que des exceptions à l'égard du principe de la liberté du commerce neutre; or toute exception est limitée au texte précis de la loi. D'ailleurs quelques traités, pour plus de clarté, établissent le principe même. C'est ainsi que l'article 13 de celui du 30 septembre 1800 entre la France et les États-Unis d'Amérique porte : « Le bâtiment, ainsi que le reste de la cargaison « seront regardés comme libres et ne pourront en aucune ma- « nière être viciés par les marchandises de contrebande, soit « qu'ils appartiennent à un ou à différents propriétaires. » Quelques traités du siècle dernier et plusieurs transactions de ce siècle contiennent la même disposition. Il existe cependant des cas où de grandes puissances maritimes, et surtout l'Angleterre, se sont crues en droit de confisquer le navire et la cargaison; et ce droit, elles l'ont établi en vertu de leur législation intérieure. Tel est l'édit des États-Généraux de Hollande de 1648 et plusieurs « orders of council » du gouvernement anglais de la fin du XVIIIe siècle. Il est à observer que les tribunaux de prises anglais confisquaient autrefois le navire et la cargaison dans tous les cas de contrebande; plus tard cette mesure ne fut appliquée qu'avec certaines restrictions, nommément : 1° lorsque le navire et la cargaison appartenaient au propriétaire des marchandises de contrebande; 2° dans les cas de contrebande frauduleuse [2]. Enfin le règle-

[1] Bynkershoëk lui-même, qui dans sa théorie admet le droit des belligérants de confisquer dans certains cas le navire et la totalité de la cargaison, fait la même remarque; il dit : « Hæc est sententia pactorum et edictorum; si ex iis jus gentium metiamur, dicendum videbatur nunquam naves nunquam merces licitas publicari ob merces illicitas, quæ nave vehuntur. » Il cite même des traités en vertu desquels le belligérant n'était pas autorisé à forcer le navire neutre, sur lequel avaient été trouvés des marchandises de contrebande, à porter ces marchandises dans un des ports du belligérant, dans le cas même où la totalité de ces marchandises ne pourrait pas être transbordée sur le navire du belligérant. (*Quæstiones juris publici*, l. I, cap. X et XII.)

[2] Robinson's *Admiralty Reports*, part. III, p. 221, note *a*.

Digitized by Google

ment français du 26 juillet 1778, article 1er, prescrit la confiscation du navire et de la totalité de la cargaison, dans le cas où les marchandises de contrebande formeraient les trois quarts au moins de la valeur du chargement [1].

Cette pratique et ces règlements intérieurs, contraires aux principes généralement admis, ont constamment provoqué les plaintes des neutres [2]. En résumant les observations qui précèdent, la confiscation du vaisseau et de la cargaison, selon l'opinion de divers publicistes et d'après quelques prescriptions législatives intérieures, se réduit aux cas suivants :

I. Lorsque es marchandises de contrebande forment les trois quarts au moins de la valeur du chargement.

II. Lorsque le navire et la cargaison innocente appartiennent au propriétaire de la contrebande.

III. Lorsque le propriétaire du navire sait qu'il porte de la contrebande de guerre.

IV. Lorsqu'il y a fraude, soit dans les documents de la cargaison, soit dans ceux de la destination du navire.

V. Lorsque le vaisseau appartient au sujet d'une puissance qui par ses traités avec les belligérants s'est engagée à s'abstenir de la contrebande de guerre.

Il est évident que dans tous les cas ci-dessus énumérés, la confiscation est considérée comme une mesure de pénalité ; or nous ne pouvons admettre la confiscation qu'à titre de légi-

[1] Cet article porte : « A l'égard des navires des États neutres qui seraient « chargés de marchandises de contrebande destinées à l'ennemi, ils pour- « ront être arrêtés, et lesdites marchandises seront saisies et confisquées ; « mais les bâtiments et le surplus de leur cargaison seront relâchés, à moins « que lesdites marchandises de contrebande ne composent les trois quarts « de la valeur du chargement ; auquel cas les navires et les cargaisons se- « ront confisqués en entier. » Remarquons que l'ordonnance de Louis XIV du mois d'août 1681, article XI, titres des prises, ne prononce que la confiscation des marchandises de contrebande, et que Valin, en commentant cet article, dit : « Mais il faut observer qu'il n'y a que les choses prohibées qui « soient sujettes à confiscation, aux termes de notre article, sans toucher « au navire ni au reste de son chargement. Ainsi le navire doit être relâché « avec le surplus de sa cargaison ; et c'est ce qui est formellement décidé « tant par l'article 4 du règlement du 23 juillet 1704, que par l'article aussi « quatrième du règlement du 21 octobre 1744 ; ce qui est encore répété « dans l'article 14. (Valin, *Traité des prises*, ch. V, sect 6, § 7.)

[2] V. Flassan, *Histoire de la diplomatie française*, t. VII, p. 185, au sujet des mécontentements provoqués par le règlement de Louis XVI.

Digitized by Google

time défense, ce qui n'implique nullement le droit d'infliger des peines. En considérant même la confiscation comme une mesure de pénalité, on ne doit pas l'appliquer au vaisseau et à la totalité de la cargaison, comme le démontre fort bien M. Ortolan, qui considère lui-même la confiscation comme une mesure de pénalité[1].

En effet, dans le premier des cas ci-dessus cités, lorsque les marchandises de contrebande forment les trois quarts ou plus de la cargaison, la confiscation de ces marchandises serait une peine proportionnelle à la gravité du délit, et c'est logique; pourquoi donc l'aggraver par la confiscation du reste de la cargaison et du navire?

Dans le deuxième cas, lorsque le vaisseau et les marchandises non prohibées appartiennent au propriétaire des objets de contrebande, cette circonstance ne modifie en rien la portée du délit. Pourquoi le coupable serait-il dans ce cas puni dans une plus forte mesure que d'autres qui auraient commis le même délit?

La même observation se rapporte au troisième cas, à celui où le propriétaire du navire serait informé de l'existence de la contrebande; il est vrai que dans ce cas la peine frappe un coupable; mais cette peine ne serait pas en proportion de la gravité du délit : le moindre objet de contrebande entraînerait la confiscation du navire et de la cargaison la plus riche.

Dans le quatrième cas relatif à la fraude, nous devons observer qu'ici la pénalité à infliger est de la compétence du gouvernement, dont le coupable porte le pavillon; d'ailleurs ce délit n'a rien de commun avec celui de la contrebande, et nous ne voyons pas de quel droit le belligérant se croirait autorisé à confisquer vaisseau et cargaison.

Enfin le cinquième cas ne peut pas justifier non plus la

[1] Il dit : « Cette confiscation (des marchandises de contrebande) est une punition logique qui découle de la nature même des choses, et qui se proportionne d'elle même à la gravité de l'infraction, puisqu'elle atteint tous les objets prohibés : peu ou beaucoup, selon que ces objets étaient en petite ou en grande quantité. Aller plus loin, confisquer le navire neutre et les marchandises non-interdites, ce serait appliquer une peine variable et arbitraire dans son étendue, tombant souvent sur des innocents, et injustifiable, même dans les cas particuliers précités. (*Règles internationales et diplomatie de la mer*, vol. II, ch. VI, p. 175.)

Digitized by Google

confiscation du navire et de la totalité de la cargaison : indépendamment de la stipulation des traités, le droit international interdit la contrebande de guerre; les traités ne servent qu'à en préciser la prohibition, nullement à la rendre plus obligatoire; par conséquent les clauses du traité n'influent nullement sur la pénalité, en admettant même le principe de la juridiction des belligérants à l'égard des neutres. Indépendamment du principe déjà admis, savoir que les objets de contrebande seuls sont passibles de confiscation, une théorie rationnelle pourrait inaugurer les deux règles ci-dessous :

I. La confiscation dans aucun cas ne peut atteindre les objets mêmes de la contrebande de guerre, s'ils ne se trouvent sur le navire que dans une quantité limitée aux besoins du navire même, pour sa défense par exemple contre les pirates; car dans ce cas ces objets ne peuvent pas être qualifiés de marchandises et moins encore de contrebande de guerre [1].

II. Le capitaine du navire neutre, qui remettrait volontairement au belligérant les marchandises de contrebande de son bord, doit être libre de toute poursuite ultérieure. Une exception peut être admise dans le cas seul où la quantité de ces marchandises ne permettrait pas de les transborder immédiatement sur le navire capteur [2].

En ce cas il doit être permis à ce dernier de diriger même de force le navire neutre dans le port le plus proche du belligérant, et alors il est juste que le navire neutre soit indemnisé pour ce voyage. Quelques traités stipulent très-rigoureusement la liberté du navire neutre, dans le cas même où les objets de

[1] V. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, § 161; Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, vol. II, l. III, ch. VI, p. 172.

[2] Cette stipulation se reproduit dans la plupart des traités de ce siècle. Tels sont les traités conclus par les États-Unis d'Amérique avec les autres républiques du Nouveau-Monde depuis l'année 1815. Après la clause qui autorise la confiscation des marchandises seules de contrebande, on y trouve la stipulation suivante : « Si le patron du navire arrêté avec de la contrebande de guerre à son bord consent à livrer sur le champ les marchandises prohibées à son capteur, celui-ci devra se contenter de cet abandon volontaire, sans retenir, molester ni inquiéter en aucune manière le navire ni l'équipage, qui pourra dès ce moment même poursuivre sa route en toute liberté, à moins que la quantité des articles de contrebande ne soit si grande, ou leur volume si considérable qu'ils ne puissent être reçus sans de graves inconvénients à bord du navire capteur. »

Digitized by Google

contrebande seraient en trop grande quantité pour être immédiatement transbordés[1]. Mais nous ne pouvons pas admettre un système si rigoureux : il impliquerait dans ce cas de jeter dans la mer la contrebande de guerre, de détruire tout à fait inutilement des objets de valeur, ce qu'une théorie rationnelle ne peut exiger dans aucun cas.

Si toutefois le capitaine du navire neutre ne consent pas à livrer les marchandises de contrebande, le belligérant a le droit de conduire ce navire dans le plus voisin de ses ports, et ce n'est qu'après la sentence du tribunal des prises que le neutre est libre de continuer son voyage avec le reste de sa cargaison. Le neutre, qui s'opposerait à main armée à ce droit incontestable du belligérant, renoncerait par là même à ses droits de neutre, et deviendrait de bonne prise avec toute sa cargaison. Il est évident que cette confiscatiou n'est plus un simple résultat de l'acte de contrebande[2].

Une autre question a surgi par rapport à la confiscation des navires : est-il de rigueur en ce cas que le navire soit saisi dans l'acte même du transport de la contrebande (en flagrant délit a-t-on dit, en appliquant à cet acte jusqu'aux termes du droit pénal), ou bien la confiscation en est-elle admise même après que le navire aurait consigné sa cargaison à l'ennemi?

Les traités, pas plus que la législation intérieure des États, n'ont point résolu cette question. Quant à l'usage en vigueur, les tribunaux des prises anglais ont seuls admis la confiscation des navires dans ce dernier cas. Cependant leurs sentences ne sont point uniformes à cet égard. Pour la plupart elles se conforment à l'opinion ci-dessous du célèbre juge William Scott, énoncée dans l'affaire du navire Ionina au mois d'août 1800 : « La règle relative à la contrebande, telle « que je l'ai toujours entendue, est que les articles doivent « être pris *in delicto*, pendant le cours même du voyage vers « le port ennemi. Suivant l'interprétation actuelle de la loi « internationale, on ne peut pas généralement faire de saisie « au retour du voyage (you cannot generally take the proceeds

[1] Ces traités, comme nous l'avons déjà fait remarquer, sont cités par Rynkershoëk (*Quæstiones juris publici*, l. I, cap. XII.)

[2] Heineccius, *De navibus ob vecturam mercium vetitarum commissis*, cap. II, § 7; Massé, *Droit commercial*, part. I, § 220.

Digitized by Google

« in the return voyage)[1]. » Mais dans plusieurs autres cas les tribunaux des prises de la même nation ont suivi d'autres errements. L'Américain Wheaton, dans son ouvrage « Éléments of international law, » cite plusieurs sentences, qui ont prononcé la confiscation des navires saisis à leur voyage de retour, et nullement « in delicto. » Cette pratique fut admise surtout dans les cas qualifiés frauduleux. L'auteur que nous citons combat la légalité de ces sentences; il dit : « Si l'on « admet la confiscation comme possible, bien que l'offense ne « continue plus, il faudra étendre cette mesure indéfiniment, « non-seulement au retour du voyage, mais à tous les voyages « à venir et à toutes les cargaisons futures du navire, qui ne « serait ainsi jamais purifié de la contagion communiquée par « les articles de contrebande[2]. »

Ainsi la théorie qui admet dans certains cas la confiscation du vaisseau pour contrebande de guerre ne peut point admettre cette confiscation au voyage de retour.

Pour nous, cette question ne se présente même pas : nous n'admettons en aucun cas la légitimité de la confiscation du navire et de sa cargaison.

Nous citerons aussi, et uniquement pour mémoire, une autre question, qui a donné lieu jadis à de longs débats dans la littérature du droit international maritime, à savoir : quels sont les objets qui font partie de la cargaison, et ceux qui appartiennent proprement au navire, ces derniers devant par conséquent subir le sort du navire en cas de confiscation,

[1] Robinson's *Admiralty reports*, part. III, § 168.

[2] Wheaton, *Elements of International law*, part. II, p. 218 et 219 et la note 52. Remarquons que Wheaton, comme tous les publicistes qui admettent la confiscation du vaisseau et qui considèrent par conséquent la répression de la contrebande de guerre comme une peinte, ne pouvait pas apercevoir la vraie raison qui s'oppose à la confiscation du navire neutre pendant son voyage du retour. Mais, d'après les principes que nous avons adoptés, la confiscation ne peut pas être admise, par la raison que dans ce cas le belligérant n'a pas à exercer son droit de légitime défense, les objets de contrebande se trouvant déjà chez son ennemi.

Nous avons déjà montré que la confiscation des objets de contrebande ne peut pas être considérée comme une punition; elle est admise uniquement à titre de légitime défense. Nous reconnaissons comme coupables ceux qui ont violé les devoirs de la neutralité par la contrebande de guerre; mais nous ne pouvons point reconnaître aux belligérants le droit de les punir.

Digitized by Google

lorsque la cargaison n'en est point passible. Les embarcations, par exemple, sont-elles confisquables en ce cas?

Straccha[1], Balde[2] et d'autres s'opposent à la confiscation des embarcations, en invoquant les articles suivants du code Justinien : « Scapha navis non est instrumentum navis, et« enim mediocritate non genere ab ea differt; instrumentum « autem cujusque rei necesse est alterius generis esse atque « ea quæque sit. » (Digesta, lib. XXXIII, tit. VII : « De in« structo vel instrumento legato, » § 29, citation de Labeon[3].) « Scapham non videri navis esse..., nec quidquam conjunc« tum habere, nam scapham ipsam per se parvum naviculum « esse. » (Codex, lib. VIII : « De evictionibus, » tit. 44.)

Kouricke[4], Loccenius[5] et d'autres auteurs, considérant les embarcations comme indispensables au voyage du navire, les condamnent à la confiscation.

Si cette question pouvait se produire dans notre théorie, nous aurions admis cette dernière opinion, comme plus rationnelle; car les embarcations, tout aussi bien que les ancres, les compas et tous les agrès et accessoires du navire, font partie de ce dernier[6].

C'est aussi le principe admis dans la pratique, et Straccha lui-même en convient[7].

CHAPITRE VI.

Du transport de troupes et de dépêches des belligérants par des navires neutres.

Le transport de troupes ou de dépêches d'une puissance belligérante sous pavillon neutre constitue une catégorie spéciale de contrebande de guerre, qui diffère essentiellement de la contrebande de guerre ordinaire, tant par la nature des objets que par rapport aux conséquences de cette opération et

[1] *De navibus*, pars II, § 12.
[2] *De lege cum proponas*, § 6.
[3] Édition Beke de l'année 1829, p, 452.
[4] *Quæstiones*, § 5.
[5] *De jure maritimo*, cap. II, § 6.
[6] Masse, *Droit commercial*, vol. I, § 222.
[7] *De assecuratione*, gloss. VIII, § 7.

Digitized by Google

par les pénalités dont elle est passible. L'importance du sujet nous a paru mériter un chapitre spécial dans notre essai.

I. Le transport sous pavillon neutre de troupes (y compris les recrues, les matelots et autres hommes de guerre) d'une puissance belligérante, est une violation des devoirs de neutralité bien autrement grave que ne le serait la fourniture de tout objet de contrebande de guerre; car les combattants, la force active, ne peuvent pas être confondus avec les engins du combat. Il ne s'agit plus de marchandises de contrebande, de propriété particulière, d'un objet de trafic, dont le transport est une simple spéculation de commerce Il s'agit du transport d'une force active fournie à l'un des belligérants au détriment de l'autre; ce n'est donc rien moins qu'une intervention directe dans les hostilités. Par conséquent le vaisseau même qui sert à ce transport doit être considéré comme engagé au service du belligérant, et, par ce fait — privé des immunités réservées aux neutres. C'est en vertu de ce principe que la confiscation du navire est parfaitement légitime. De même que tout sujet d'une puissance neutre, engagé en qualité de volontaire ou de mercenaire dans l'armée du belligérant, subit le même sort que les prisonniers de guerre de cette armée, — tout navire neutre engagé au service du belligérant est déclaré de bonne prise. Cette déduction nous paraît complétement logique par suite de la distinction même que nous avons établie plus haut entre le transport des troupes et celui des marchandises de contrebande. En limitant le droit du belligérant à la simple saisie des troupes ennemies à bord du vaisseau neutre, l'acte même de la violation des devoirs de neutralité, dont le propriétaire de ce vaisseau est coupable, demeurerait impuni, tandis que la confiscation, que nous avons considérée comme une juste répression, frappe les intérêts du propriétaire. En refusant au belligérant le droit de confisquer le navire, on assurerait l'impunité d'une violation plus grave des devoirs de la neutralité, tandis que la violation de ces mêmes devoirs dans un moindre degré aurait été passible d'une répression, qui atteint les intérêts du coupable. La confiscation du navire est donc rigoureusement légitime, quelle que soit d'ailleurs la force numérique des troupes ennemies, saisies sous le pavillon neutre, et ne fût-elle que d'un seul homme d'armes. Wheaton observe à ce propos que la présence d'un capitaine habile sur le théâtre

Digitized by Google

des hostilités peut causer plus de préjudice à la partie adverse, que le débarquement de toute une armée[1].

Précisons notre théorie quant aux conditions du transport : il s'effectue, soit par suite d'un accord parfaitement consenti, soit par contrainte. Dans le premier cas la culpabilité du capitaine est évidente, et l'application du principe ci-dessus énoncé est parfaitement légitime. Il n'en est plus de même lorsque le capitaine a dû céder à une force majeure; or la puissance belligérante a parfois recours à ce dernier procédé, en mettant l'embargo sur les navires neutres mouillés dans ses ports, et en les obligeant à servir au transport de ses troupes. Dans ce dernier cas les navires neutres, saisis par la partie adverse, ne peuvent pas être considérés comme ayant violé les devoirs de neutralité, et par conséquent ne sont nullement sujets à confiscation : la théorie du droit aussi bien que les législations positives n'admettent point le principe de l'imputabilité à l'égard d'un acte involontairement commis. Cependant, quant à l'application de ce principe au cas dont il s'agit, elle nous paraît extrêmement compliquée[2]. Le juge même qui est appelé à connaître des circonstances dans lesquelles a été commis, volontairement ou involontairement, l'acte de violation des devoirs de neutralité, est un organe du gouvernement, au profit duquel tournerait la confiscation. La déclaration de la partie adverse, quant à la violation commise par elle, n'est pas non plus admissible, vu que cette partie est intéressée à prévenir la confiscation. Il en résulte donc l'impossibilité pratique de constater le fait même, qui doit légitimer la confiscation, et la décision finale est réservée au bon vouloir et à la conscience du belligérant. Aussi voyons-nous Wheaton[3], Ortolan[4], Hautefeuille[5] et d'autres admettre le principe de la confiscation du navire dans l'un comme dans

[1] *Elements of International law*, v. II, p. 212.

[2] Les preuves doivent être fournies par le propriétaire du vaisseau neutre; on ne saurait appliquer ici, par la force même des circonstances, le principe général du droit, que c'est à la partie civile de fournir des preuves; c'est le belligérant qui a saisi le vaisseau neutre qui représente ici la partie civile.

[3] *Elements of International law*, part. II, p. 210-214.

[4] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, t. II, l. III, ch. 6, p. 199.

[5] Hautefeuille, *Droits et devoirs des neutres en temps de guerre maritime*, part. II, p. 453-455.

Digitized by Google

l'autre cas, réservant au propriétaire de réclamer des indemnités auprès du gouvernement qui a commis la violence à l'égard du pavillon neutre. Il serait difficile de concilier cette théorie avec les principes du droit et de la justice. Hautefeuille allègue que « si le neutre permet que l'une des nations belli-« gérantes s'empare, même momentanément, de ses vais-« seaux, de ses sujets, et s'en serve pour les opérations de la « guerre, il doit s'imputer cette faute, parce que lui seul a le « droit de protéger sa propre indépendance. Il doit faire tous « ses efforts, employer tous les moyens en son pouvoir, pour « assurer sa liberté et celle de ses sujets. S'il ne peut y par-« venir, il cesse d'être neutre, il devient *le sujet*, *l'auxiliaire* « de son *maître*. Le belligérant ennemi n'est pas appelé à juger « l'intention, mais le *fait seul;* or le fait est que les navires « du prétendu neutre agissent hostilement et directement « contre lui, dans l'intérêt de son adversaire. Il a le droit in-« contestable de traiter ces navires en ennemis. »

Il nous est impossible, au point de vue du droit, d'accepter ces conclusions et de confondre dans la même catégorie la violation volontaire et involontaire des devoirs de neutralité; ce n'est que dans le premier de ces deux cas que nous pouvons admettre la confiscation du navire. D'autre part il est juste d'établir une distinction entre les hommes de guerre proprement dits et des voyageurs, hommes privés, quoique appartenant à l'armée. A cet effet nous devons rapporter les considérations qui précèdent au seul cas de transport des troupes sous pavillon neutre, soit en vertu d'un contrat librement consenti entre le propriétaire du vaisseau et le belligérant, soit par suite d'un acte arbitraire imputé à ce dernier. Supposons qu'un vaisseau neutre mette à la voile pour le port de l'un des belligérants; des individus appartenant à l'armée de ce dernier se présentent à bord en qualité d'hommes privés, de passagers, pour la même destination, et, bien entendu, sans que le capitaine ait contracté aucun engagement à leur égard avec l'autorité dont ils relèvent. Le capitaine dans ce cas ne viole point ses devoirs de neutralité, il ne se prête point au service du belligérant, et son vaisseau ne peut pas être privé de la protection du pavillon neutre. Il se peut que parmi les passagers il y ait « un capitaine habile, dont la présence sur le théâtre des hostilités deviendrait fort préjudi-

Digitized by Google

ciable aux intérêts de la partie adverse; » mais le neutre n'est nullement censé savoir (le sût-il même) que ses passagers appartiennent à l'armée. Cette circonstance, ne fût-ce qu'une fiction, modifie complétement la situation au point de vue légal; tandis que dans le cas précédent, lorsque le capitaine contracte un engagement pour le transport d'hommes de guerre, il n'est pas en droit d'alléguer l'ignorance du fait. Ce principe est en vigueur dans la pratique. Les traités, à fort peu d'exceptions près, le passent sous silence; les principes rationnels du droit y suppléent. Nous trouvons cependant dans quelques traités la stipulation suivante : « Si la croisière du « belligérant trouvé parmi les passagers du navire neutre des « sujets ennemis, elle n'a pas le droit de les faire prisonniers, « à moins qu'ils ne soient gens de guerre *actuellement au ser-* « *vice de l'ennemi*[1]. » Il est évident que cela se rapporte aux militaires voyageant en qualité d'hommes privés, et non en vertu d'un engagement du capitaine envers leur gouvernement. Tout en reconnaissant aux belligérants le droit de faire prisonniers cette classe de passagers, il n'est pas question de répression quelconque à l'égard du capitaine, par conséquent le navire neutre n'est point passible de confiscation.

Quelques publicistes contestent cependant cette solution. Wheaton, dans ses éléments du droit international, allègue que, dès que parmi les passagers du vaisseau neutre il y a des individus (ou même un seul) appartenant à l'armée d'un des belligérants, sans distinguer si c'est ou non en vertu d'un engagement contracté envers le gouvernement, ce vaisseau est passible de confiscation. « Peu importe, dit-il, dans le juge- « ment à rendre par la cour des prises, si le capitaine du na-

[1] Cette stipulation est insérée (ou sous-entendue) dans tous les traités qui reconnaissent le principe, que « le pavillon couvre la marchandise. » Par exemple le traité du 11 avril 1713, entre la France et l'Angleterre, porte : « Il a été convenu que cette même liberté (celle des marchandises « ennemies sous pavillon neutre) doit s'étendre aussi aux personnes qui « naviguent sur un vaisseau libre, de manière que quoiqu'elles soient enne- « mies des deux parties ou de l'une d'elles, elles ne seront pas tirées du « vaisseau libre, si ce n'est que ce fussent des gens de guerre *actuellement* « *au service desdits ennemis.* » (Art. 17.) Le traité du 26 septembre 1786, entre la France et l'Angleterre (art. 20), ajoute à cette stipulation les mots : « Et se transportant pour être employés comme militaires dans leurs flottes ou dans leurs armées. »

Digitized by Google

« vire ignorait le genre et la portée du service dans lequel il « a été engagé. On regarde comme suffisant que le belligé- « rant ait éprouvé un tort par suite de l'emploi qui a été fait « du navire[1]. » Il est évident que ce raisonnement découle du principe foncièrement erroné, que la prohibition de la contrebande est exclusivement fondée sur le droit des belligérants et nullement sur le devoir des neutres.

Ortolan de son côté partage l'opinion de Wheaton, qu'il cite tout au long dans son ouvrage[2].

Tout ce qui précède s'applique également aux recrues encore non incorporées dans l'armée — dans le cas seul, bien entendu, que le transport de ces hommes ait été fait en vertu d'un engagement avec le gouvernement.

II. Transport des dépêches des puissances belligérantes.

Wheaton[3] et Ortolan[4] considèrent le transport des dépêches des belligérants comme une infraction tout aussi grave aux devoirs de neutralité que le transport des troupes, et par conséquent, comme passible de la même pénalité. Ils puisent leurs convictions dans le raisonnement du célèbre président du tribunal de prises, sir William Scott, qu'ils citent également dans leurs ouvrages : « Par la transmission d'une dé- « pêche, on peut dévoiler le plan entier d'une campagne, et « mettre en défaut tous les plans de l'autre belligérant. Si, « dans la pratique, on accorde généralement que le transport « des objets de contrebande doit être fait en quantité considé- « rable pour qu'il y ait offense, on n'en peut pas dire autant « par rapport aux dépêches. Il est impossible de limiter une « lettre à une dimension si petite qu'elle soit incapable de « produire les conséquences les plus importantes. La trans- « mission des dépêches est donc un service qui, à quelque « degré qu'il existe, peut être considéré comme un acte des « plus hostiles. L'offense qui résulte d'un pareil service, fait « frauduleusement pour compte de l'ennemi, étant consé- « quemment plus grande que celle qui résulte du transport de « la contrebande, il est absolument nécessaire et équitable de

[1] *Elements of International law*, part. II, p. 213.
[2] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, part. II, p. 199-201.
[3] *Elements of International law*, v. II, p. 214.
[4] *Règles internationales et diplomatie de la mer*, v. II, p. 197.

Digitized by Google

« recourir à quelque autre pénalité qu'à celle ordinaire pour « le cas de contrebande. La seule confiscation de l'article « nuisible, qui constitue la pénalité dans ces derniers cas, « lorsque le navire et la cargaison n'appartiennent pas au « même propriétaire, serait ridicule lorsqu'il s'agit de dépê- « ches : alors il ne peut être question de cargaison; le navire « qui a servi à les transporter doit donc être confisqué [1]. »

L'opinion du jurisconsulte anglais est fondée en principe; mais on ne saurait l'appliquer sans distinction à tous les cas du transport des dépêches du belligérant. D'ailleurs il n'admet le droit de confiscation qu'à l'égard du transport des dépêches fait frauduleusement, sans préciser toutefois les cas en question. Observons que dans ce raisonnement la confiscation frappe le navire qui a servi au transport frauduleux des dépêches, et nullement tout navire sur lequel on aurait trouvé des dépêches de l'ennemi; on ne saurait donc pas appliquer le principe du jurisconsulte anglais à tous les cas indistinctement.

Sir William Scott, pas plus que ses adhérents Wheaton et Ortolan, n'a élucidé la question. Il nous paraît indispensable de préciser les cas où la confiscation est admise et ceux où elle ne l'est pas.

Le transport des dépêches des belligérants peut s'effectuer : 1° d'un port neutre dans un des ports du belligérant; 2° d'un port du belligérant dans un port neutre; 3° d'un port du belligérant dans un autre point de son territoire, ou bien dans un territoire provisoirement occupé par son armée ou par sa flotte, ou bien dans le territoire d'une puissance alliée au belligérant, ce qui revient au même, vu que dans la guerre tous les alliés sont considérés comme une seule personne morale [2].

Nous ne pouvons point appliquer l'opinion du jurisconsulte

[1] Robinson, *Admiralty reports*, vol. VI, p. 440, cité par Ortolan, v. II, p. 197.

[2] Nous ne mentionnons point le transport des dépêches du territoire d'une puissance belligérante dans celui de l'autre, ni l'interruption des relations diplomatiques entre les belligérants; quant aux communications d'une puissance belligérante avec son armée, qui occupe militairement un territoire ennemi, il est évident que ce cas se rapporte à la dernière des catégories ci-dessus.

Digitized by Google

anglais aux deux premiers cas : lorsque le point du départ ou la destination du navire est un territoire neutre, — cette correspondance n'est qu'une continuation des relations pacifiques entre les deux États; cet échange de papiers diplomatiques, comme celui entre les particuliers, ne saurait être interrompu par le fait de la guerre [1].

Ainsi l'opinion du jurisconsulte anglais ne saurait trouver son application, si ce n'est au cas de notre troisième catégorie. Et encore un examen scrupuleux des différents cas compris dans cette catégorie nous en révèle qui ne peuvent pas être considérés comme actes frauduleux, les seuls qui, selon l'opinion ci-dessus citée, entraîneraient la confiscation du navire. En effet, tout navire neutre, portant des dépêches d'un point du territoire de la puissance belligérante dans un autre point du même territoire ne peut pas être passible de confiscation. L'expédition des dépêches se fait de deux manières :

1° Par un navire du service postal;

2° Par un navire spécialement nolisé à cet effet.

Dans le premier cas le navire remplit son service habituel, comme en temps de paix; parmi les paquets qui lui sont confiés, il peut y avoir, à l'insu du capitaine, des dépêches gouvernementales.

Il n'en est pas de même dans le deuxième cas : dès que le capitaine a contracté un engagement avec la puissance belligérante pour le transport de ses dépêches, il ne peut pas alléguer en avoir ignoré la teneur; car on ne saurait admettre que le gouvernement nolisât expressément un navire neutre pour envoi de papiers de peu d'importance; le navire ainsi nolisé exécute un service de courrier de la puissance belligérante, et par là même il renonce à la protection de son pavillon; il peut donc être confisqué, comme celui qui sert au transport des troupes.

Nous croyons donc devoir limiter la théorie de Sir William Scott et l'acte frauduleux, comme il le qualifie, à ce seul cas que nous considérons comme une violation directe des devoirs de neutralité. En limitant ainsi le droit du belligérant de confisquer le navire neutre, les cas de confiscation formeraient

[1] Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, v. II, p. 201.

Digitized by Google

plutôt une exception à la règle qu'un principe du droit international.

Et dans le cas encore où nous reconnaissons le droit de confiscation du navire, — la cargaison n'est pas sujette à confiscation, car elle peut appartenir à des individus complétement étrangers à l'acte frauduleux du navire.

Deux nouvelles questions s'offrent ici qui n'avaient aucune portée dans notre système, quand nous traitions de la contrebande de guerre proprement dite, vu que dans aucun cas nous n'y acceptions la confiscation du vaisseau :

1° Le navire qui a servi au transport des troupes ou des dépêches de l'un des belligérants, peut-il être confisqué lors de son voyage de retour?

2° Quels sont les objets qui peuvent être confisqués avec le vaisseau, lorsque la cargaison ne l'est pas? L'armement, les embarcations en sont-ils confiscables?

Ces deux questions sont implicitement résolues par l'examen même de la répression de la contrebande de guerre, dans ce sens que le navire ne peut jamais être confisqué dans son voyage de retour ; et quant à l'armement du navire, il est nécessairement confiscable avec le navire.

L'ensemble de nos déductions émane de l'obligation imposée aux neutres d'observer une impartialité absolue à l'égard des belligérants, de s'abstenir de toute fourniture à l'un d'eux d'objets destinés à faire du mal à son ennemi. C'est sur ce devoir du neutre que nous avons exclusivement basé les droits corrélatifs des puissances belligérantes, toutes les fois que le devoir ci-dessus énoncé est violé, toutes les fois qu'une intervention indirecte dans les hostilités porte atteinte au principe de l'impartialité.

Par contre, dès que les nations neutres observent ce devoir à l'égard des belligérants, dès que leur commerce conserve son caractère d'impartialité pacifique, — ce commerce jouit d'une liberté absolue, comme en temps de paix.

Nous nous sommes appliqué dans le cours de ce travail à élaborer la théorie de la contrebande de guerre sur les prin-

Digitized by Google

cipes imprescriptibles du droit. Nous devons observer toutefois que cette question, comme toutes celles qui ont trait au droit de la guerre, manque de données positives, de ces vérités absolues qui seules peuvent servir à l'édification d'une théorie rigoureuse : les principes que nous avons évoqués ne sont que relatifs, et cela tient au fait même de la guerre, de ce procès international dont la loi est la force matérielle, qui exclut toute idée du droit abstrait[1]. La guerre n'est qu'une violation du droit; elle a pour but de réduire une personne morale libre à accepter des conditions contraires à sa volonté, et par conséquent de violer le plus grand de ses droits. « La guerre, dit Kant, est toujours injuste; car c'est la force qui y décide du droit, et, rigoureusement parlant, elle n'admet d'autre droit que la force[2]. » Le droit de la guerre n'établit point de principes immuables pour la guerre même : il ne sert qu'à imposer aux belligérants certaines restrictions, fondées sur ce seul principe, que la violation du droit se borne aux limites hors desquelles le but de la guerre ne peut pas être atteint.

Félicitons-nous néanmoins de ce que les nobles inductions de la science trouvent une application de plus en plus rigoureuse dans tous les États de l'ancien et du nouveau monde; nous voyons en effet se réaliser de plus en plus la belle pensée de Montesquieu qui a servi d'épigraphe à notre essai : « Le « droit des gens est fondé sur le principe que les diverses « nations doivent se faire dans la paix le plus de bien et dans « la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à « leurs véritables intérêts. »

[1] Nous trouvons dans Vattel : « La guerre est cet état dans lequel on poursuit son droit par la force; » et dans Grotius : « La force ne fait pas le droit. »

[2] *Métaphysique du droit.*

A. BASILY.

Digitized by Google

DE L'ABUS DES DOCTRINES GALLICANES.

Par M. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Un des traits caractéristiques de l'ancienne France, c'est l'indépendance qu'elle a toujours conservée vis-à-vis du Saint-Siége, tout en demeurant sincèrement catholique; et c'est sa fermeté à maintenir les droits du pouvoir temporel qui a préservé notre pays de ce régime théocratique, une des causes les plus puissantes de la décadence de l'Espagne. Nous reconnaissons tous les services qu'ont rendu à la France et à l'Église les Gerson et les Bossuet, et bien qu'aujourd'hui les circonstances ne soient plus les mêmes, les prétentions des papes à la domination temporelle n'étant plus de notre âge, nous acceptons, en faisant la part de certaines exagérations, ce qu'il y a de généreux et de vraiment national dans les doctrines du gallicanisme.

Mais, dans des débats aussi vifs, la défense dégénère bien vite en attaque, et l'on ne saurait nier que nos parlements, après avoir scrupuleusement maintenu les prérogatives de l'autorité laïque, n'aient trop souvent commis, à leur tour, des empiétements non-seulement dans les matières mixtes, où le règlement de la compétence peut être délicat, mais dans des points qui appartiennent exclusivement à l'autorité spirituelle. On connaît ces arrêts du parlement de Paris, au dernier siècle, qui faisaient administrer *manu militari* les sacrements à des jansénistes mourants. Et de nos jours, sans aller aussi loin, le conseil d'État n'a-t-il pas plus d'une fois frappé d'appel comme d'abus, pour refus de sacrements, des décisions épiscopales : anomalie signalée avec tant de verve par le publiciste dont la science du droit administratif déplore la perte récente, le vicomte de Cormenin?

Dans l'espèce remarquable et sans précédents, à notre connaissance du moins, que nous allons signaler aux lecteurs de la *Revue*, l'empiétement sur le domaine spirituel ne se montre point d'une manière aussi tranchée. Il ne s'agit plus d'attaquer, mais d'éluder la juridiction spirituelle. Nous n'en sommes plus au système du décret du 23 prairial an XII, qui autorisait (art. 19) le pouvoir municipal à faire ouvrir de force les portes

Digitized by Google

de l'église, pour y procéder à un service funéraire, sur le refus du ministre compétent, en commettant un autre ministre du même culte. Une sage circulaire de M. Duchatel, Ministre de l'intérieur, en date du 16 juin 1847, a mis un terme à cette déplorable pratique, qui opprimait la liberté religieuse, sous prétexte de la défendre. Il y a bien aussi, dans l'affaire dont nous allons parler, un maire en conflit avec un curé; mais ce maire, plus adroit que les officiers municipaux de l'an XII, procède par insinuation, et non plus par effraction. Sa tactique jusqu'ici a été couronnée de succès, mais ce sont là de ces succès scandaleux contre lesquels les amis du droit ne sauraient trop protester.

Nous allons voir comment, de certains commérages de la banlieue de Paris, on en est venu peu à peu à une difficulté juciaire et diplomatique, où se trouvent en jeu deux grands principes : l'autorité du Saint-Siége et l'inamovibilité des curés de canton, consacrée par le Concordat.

Exposons sommairement les faits. Si nous voulions satisfaire une curiosité maligne, en recherchant l'origine de cette affaire, nous pourrions donner des détails qui seraient tout favorables à l'ecclésiastique victime d'une odieuse machination. Mais, ennemi du scandale, nous ne voulons traiter que la question de principe.

M. l'abbé Roy, nommé en 1855 curé de Neuilly, se trouva tout d'abord en hostilité avec le maire de cette commune et en butte à des imputations calomnieuses sur sa vie privée. Ces imputations sont suffisamment réfutées par la déclaration authentique qu'ont faite en sa faveur deux cents citoyens notables de Neuilly, et parmi eux, presque tous les membres du conseil municipal[1]. Or, on sait assez que, dans nos communes de la banlieue, le conseil municipal est peu suspect de tendances cléricales. Les ennemis de M. l'abbé Roy n'avaient pas craint d'adresser leurs odieuses diffamations au commissaire de police; mais, après une enquête administrative, elles avaient été écartées par M. le préfet de la Seine comme *erronées et inspirées par un sentiment de vengeance.*

Malheureusement, en 1859, feu l'abbé Véron, promoteur de l'officialité, emporté par ce zèle excessif dont le ministère

[1] 19 sur 21.

Digitized by Google

public ecclésiastique n'est pas plus exempt que le ministère public laïque, fit une nouvelle information, et, il faut le dire, d'après les plus mauvais errements de l'ancienne procédure inquisitoriale. Il ne communiqua point les dépositions à M. Roy, pour qu'il pût les débattre, et il n'entendit aucun des hommes honorables qui défendaient avec une énergique conviction la conduite de leur pasteur. A la suite de cette étrange procédure et d'incidents dans le détail desquels il serait inutile d'entrer, Mgr Morlot suspendit d'abord le curé de Neuilly, puis le déposa par une ordonnance du 15 mai 1862. L'archevêché envoya les pièces au ministère des cultes, afin de faire donner à sa décision les effets civils.

Deux voies de recours étaient ouvertes à M. Roy : l'appel comme d'abus et le recours à la décision du Saint-Siége. Il les employa toutes les deux : l'une pour arrêter l'effet immédiat de la sentence archiépiscopale, l'autre pour la faire annuler.

Cependant Mgr Darboy avait succédé à Mgr Morlot; il aurait pu ne point se croire lié par les actes de son prédécesseur. Mais le nouvel archevêque, ne connaissant point l'affaire, ne la voyait que par les yeux de l'abbé Véron; il accepta donc la solidarité des actes de Mgr Morlot, et refusa de se prêter à aucune transaction. Il laissa cependant l'affaire suivre son cours par devant le Saint-Siége, et, conduite qui tranche singulièrement avec celle qu'il devait suivre plus tard, il réclama lui-même la décision du souverain juge ecclésiastique, censurant vivement la démarche par laquelle le curé déposé avait soumis au juge séculier un acte de son supérieur spirituel.

Tout pouvait faire croire dès lors que la décision allait dépendre de Rome. Le Conseil d'État avait sursis à statuer sur l'appel comme d'abus pour attendre respectueusement la sentence du Saint-Siége, à laquelle l'administration diocésaine semblait, suivant les règles canoniques, se soumettre à l'avance.

Le Pape confia l'examen de l'affaire à la Congrégation des cardinaux, interprètes du concile de Trente, en réservant d'ailleurs le jugement à son appréciation personnelle. Auprès de cette congrégation fut suivie une procédure, où furent pesés avec soin tous les témoignages et toutes les pièces. La

Digitized by Google

procédure fut seulement retardée par une longue correspondance avec Mgr Darboy, qui ne put produire l'information faite par l'abbé Véron, parce qu'elle n'avait aucun caractère régulier, et qui, poussé dans ses derniers retranchements, finit par reconnaître qu'il n'y avait point de pièces à la charge du curé de Neuilly.

La Congrégation émit en conséquence, le 27 août 1864, l'avis que l'ordonnance de déposition n'était pas soutenable (*non sustineri*), et qu'après une retraite[1] de dix jours dans une maison désignée par l'archevêque de Paris, M. l'abbé Roy devait, dans le délai de deux mois, être remis en possession de sa cure. Approuvée par le Pape, le 29 août, la sentence fut signifiée à l'archevêché le 9 septembre.

Mais ce qui semblait devoir être la fin du litige devait donner naissance aux complications les plus imprévues. Tandis que M. Roy déclare abandonner, comme n'ayant plus d'objet, son appel comme d'abus, et qu'il prie Mgr Darboy de retirer des mains de l'autorité civile l'ordonnance annulée, l'archevêché se met à contester le droit d'appel au pape, qu'il avait formellement reconnu, et refuse d'exécuter la sentence, sous prétexte que l'affaire est actuellement entre les mains de l'autorité civile. Cette étrange prétention a été vivement repoussée par plusieurs lettres du souverain pontife, notamment par une lettre du 26 octobre 1865. Quant à l'autorité civile, le pape a déclaré, ce qui est aussi conforme au bon sens qu'au droit canonique, que n'ayant aucun intérêt dans une question de pure discipline ecclésiastique, elle n'avait pas autre chose à faire que de réintégrer purement et simplement M. Roy dans son office curial. En même temps, les notables de Neuilly, que nous avons déjà cités, faisaient une nouvelle démarche auprès de l'archevêché et du ministère des cultes pour redemander leur pasteur légitime.

Mais, tandis que Rome et Neuilly faisaient valoir les droits de la justice la plus élémentaire, l'œuvre de spoliation suivait son cours. Le curé de Neuilly recevait, le 9 mars 1865, notifi-

1 Cette retraite, dont les adversaires de M. Roy ont abusé contre lui pour supposer que Rome l'avait virtuellement condamné, était une simple mesure disciplinaire, exigée par la rigueur de la doctrine canonique, à raison de la résistance momentanée du curé de Neuilly à l'autorité épiscopale.

Digitized by Google

cation d'un décret rendu le 17 décembre 1864, qui, sans mentionner la décision du Saint-Siége, prononçait la révocation de sa nomination, en vertu de l'ordonnance de déposition rendue par Mgr Morlot.

M. Roy s'est pourvu devant le conseil d'État au contentieux, en se fondant sur ce que, d'après le concordat, le pouvoir civil ne peut revenir sur la nomination de curés inamovibles qu'en exécution d'une sentence régulière de l'autorité ecclésiastique, sentence qui n'existait plus dans l'espèce. Le ministère des cultes, en combattant le recours par des arguments, dont nous apprécierons tout à l'heure la portée, contre la validité intrinsèque de la décision du Saint-Siége, lui a opposé une fin de non-recevoir, tirée de l'article 1er de la loi organique, aux termes duquel aucunes bulles, rescrits, décrets, provisions de la cour de Rome ne peuvent recevoir exécution en France, s'ils n'ont été enregistrés au conseil d'État. Tout en protestant contre cette application des articles organiques, le réclamant, pour couper court à tout débat, déposa entre les mains du ministre des cultes, le 9 octobre 1866, une requête en enregistrement de la sentence pontificale.

La question ainsi posée suivant la voie tracée par le ministre des cultes lui-même, il semble que l'on va enfin arriver à une solution, bonne ou mauvaise, l'acceptation ou le refus de l'enregistrement. Le 13 novembre 1866, le ministère adresse la demande d'enregistrement au Conseil d'État, avec une dépêche signalant les motifs à l'appui du refus. Le rapporteur est nommé, mais tout à coup, l'avocat de M. Roy est informé que l'affaire vient d'être rayée du rôle, la dépêche du 13 novembre étant prise pour refus de donner suite à la demande d'enregistrement.

Nouveau pourvoi au conseil d'État contre ce prétendu refus, pour excès de pouvoir, le ministre des cultes ne pouvant substituer son appréciation personnelle à celle du conseil. Aussitôt le ministre déclare, par un avis du 5 décembre 1866, qu'on s'est mépris sur le sens de sa dépêche, et que le conseil d'État demeure saisi, l'avis du ministre étant purement consultatif.

Après avoir vidé, non sans peine, cet incident, qui donne une assez triste idée de la justice administrative, le curé de Neuilly poursuit sa demande en annulation du décret de dépo-

Digitized by Google

sition, et, au bout de six mois, la section du contentieux déclare (décret du 20 juin 1867) qu'il y a lieu de se pourvoir en enregistrement de la sentence pontificale, sauf à faire rapporter ou annuler le décret du 17 décembre, une fois la sentence enregistrée.

M. Roy croit enfin toucher à la solution; il dépose, le 29 août 1867, au secrétariat de la section de l'intérieur et des cultes, des observations tendant à obtenir l'enregistrement, condition *sine quâ non* de sa réintégration. Alors le ministre des cultes démasque ses batteries; le président de la section de l'intérieur écrit à l'avocat de M. Roy, au nom du président du conseil d'État, que *dans l'état des choses, une nouvelle production ne peut être admise.* On lui renvoie son mémoire le 9 septembre, et depuis cette époque, refus persévérant de répondre à toute lettre, à toute demande d'audience. Le déni de justice ne saurait être mieux caractérisé.

Tout récemment enfin, le maire de Neuilly a obtenu du tribunal de la Seine, en référé, l'expulsion de M. Roy du presbytère de Neuilly, où cependant il serait impossible, sans tomber dans le schisme, d'installer un nouveau curé. Ce jugement est frappé d'appel; *adhuc sub judice lis est.*

Ajoutons, enfin, que le Pape a plusieurs fois adressé au gouvernement français des réclamations par voie diplomatique.

Ces faits, si nous cherchons maintenant à dégager de toutes les involutions de procédure les principes vraiment régulateurs, donnent lieu à l'examen des deux points suivants :

Quelle est la valeur, en droit ecclésiastique, des décisions rendues par les supérieurs spirituels du curé de Neuilly?

En second lieu, sur quoi peuvent se fonder, dans le droit public français, les fins de non-recevoir opposées par le ministère des cultes à la réclamation de M. Roy?

Sur le premier point, à moins de prétendre qu'il n'y a point de droit pour les ecclésiastiques, on doit reconnaître que l'information dirigée dans cette affaire par feu l'abbé Véron n'a aucun des caractères d'une procédure régulière. Il est vrai que l'on ne saurait faire revivre, en l'absence d'aucune disposition des lois modernes, les règles de détail de l'ancienne

Digitized by Google

procédure des officialités (voy. M. Batbie, *Droit public et administratif*, t. III, n° 115); mais comme le dit fort bien Cormenin (*Droit administratif*, t. I, p. 240, n° 2) : « Il faut au « moins que les formalités essentielles, qui consistent dans « une instruction discrète et éclairée, dans la pleine liberté « de la défense et dans un jugement mûri, aient été obser- « vées. » Rien de pareil dans la procédure que nous signalons : nulle largeur dans l'instruction, nulle latitude accordée à la défense, nulle délibération approfondie qui ait précédé le jugement. Mgr Darboy a reconnu lui-même le peu de valeur de l'information lorsqu'il a refusé, en définitive, d'en envoyer les pièces à Rome, avouant ainsi implicitement que l'ordonnance de déposition n'était point soutenable, *non sustineri*, suivant les expressions de la sentence pontificale.

Voilà cependant sur quelle base fragile repose la condamnation que l'archevêché veut aujourd'hui maintenir *per fas et nefas*, oubliant que, si les simples desservants peuvent être révoqués par mesure administrative, les curés inamovibles ne peuvent être dépouillés de leur titre que par un jugement régulier : autrement, l'inamovibilité n'est plus qu'un mot. Ces prêtres, que l'on expulse aujourd'hui par une ordonnance de propre mouvement, ne pouvaient dans les premiers temps être déposés que par six évêques assemblés en concile! Il faut en convenir, la pratique de ces temps barbares offrait aux fonctions ecclésiastiques des garanties plus sérieuses que les procédés de notre âge de lumières. Et par une déplorable interversion de rôles, ce n'est plus l'Église gallicane qui se défend contre les envahissements du Saint-Siége; c'est au Saint-Siége que l'on est obligé de recourir contre les abus gallicans, ou plutôt contre ce qui n'est ni du gallicanisme ni de l'ultramontanisme, mais de l'arbitraire pur. C'est à Paris que l'on s'obstine à lutter contre la raison et la justice; c'est à Rome, ce prétendu foyer d'obscurantisme, que le droit trouve un asile!

La juridiction du Pape, dans l'espèce, a été contestée quant à la forme et quant au fond : quant à la forme, par les dépêches du ministre des cultes du 13 novembre et du 5 décembre 1866; quant au fond, ce qui est plus grave, par l'archevêché de Paris, dans sa correspondance avec le Saint-Siége.

Quant à la forme, on a fait valoir deux motifs : le premier,

Digitized by Google

c'est que la décision émane de la Congrégation du concile de Trente, et que les décisions rendues par de simples congrégations de cardinaux n'ont point autorité en France; le second, c'est qu'aux termes du concordat de 1516, le Pape ne peut juger les appels des causes mineures (les majeures étant réservées à son appréciation personnelle) que par le ministère de commissaires français délégués.

Les mémoires produits par M. Roy ont répondu péremptoirement à ces deux motifs : au premier, en établissant que la sentence du 29 août 1864 a été rendue sur l'avis de la congrégation, mais par le Pape personnellement; au second, en faisant observer que la vieille prescription du concordat de 1516 n'a été reproduite ni par le concordat actuel ni par aucune disposition de nos lois modernes; qu'elle n'a plus aucune raison d'être aujourd'hui, parce qu'elle tenait aux difficultés d'un voyage à Rome, difficultés qui n'existent plus dans l'état actuel; qu'enfin c'était là, de l'aveu de tous les canonistes, une facilité introduite dans l'intérêt des parties, à laquelle elles renoncent dès qu'elles acceptent la juridiction pure et simple du Saint-Siége : or, l'archevêché de Paris avait accepté formellement cette juridiction.

Et cependant l'archevêché, poussant les choses plus loin que le ministère des cultes, qui s'était borné à soulever des difficultés de forme, n'a pas craint de soutenir après coup la doctrine, renouvelée de Febronius, suivant laquelle l'appel au Pape des décisions épiscopales ne serait recevable que dans l'hypothèse extraordinaire où le diocèse serait dans un tel désordre que le recours au Souverain-Pontife serait l'unique remède. Cet étrange système, qui aboutit pratiquement à détruire le droit d'appel, et avec ce droit toute la hiérarchie catholique, a été énergiquement réfuté par la cour romaine. Elle invoque, pour le repousser, la décision des docteurs les plus accrédités depuis saint Thomas et le texte formel du quatrième concile de Latran, qui déclare *ordinaire* la juridiction du siége apostolique. Après tout, si cette juridiction n'existait point, pourquoi l'avoir acceptée sans aucunes réserves? Toutes les fois qu'on n'est point dans le vrai, on arrive bien vite à se mettre en désaccord avec soi-même.

Il nous semble bien établi que l'appel au Pape était parfaitement fondé au point de vue canonique, et que la sentence

Digitized by Google

du 29 août 1864 était aussi régulière, en la forme et au fond, que l'était peu la décision personnelle de l'archevêque. Il nous reste à parler des obstacles qui en ont entravé l'exécution de la part du pouvoir civil.

En fait, il est trop évident que les tergiversations opposées à la demande la plus simple et la plus légitime n'ont d'autre but que d'épuiser les forces du réclamant, comme l'a fort bien dit, à propos des premières lenteurs de l'archevêché, le rapport qui précède la sentence pontificale : *ut longius res protraheretur, et ita, non absoluto judicio, parochi vires frangerentur.* Heureusement jusqu'ici le courage n'a fait défaut ni à M. Roy, ni à son habile défenseur, Me Labordère.

En droit, il y a deux voies par lesquelles le pouvoir civil a prise sur les sentences ecclésiastiques ; l'appel comme d'abus et le refus d'enregistrement.

Nous n'avons pas à nous occuper de l'appel comme d'abus, puisque M. Roy s'est désisté de son recours, sur ce chef, au Conseil d'État. Il n'est pourtant pas sans intérêt de faire observer que Mgr Darboy a vivement attaqué le recours d'un ecclésiastique à l'autorité civile [1] contre les décision de son supérieur spirituel. Mais le meilleur moyen à prendre pour rendre nécessaire cette intervention du pouvoir laïque, contre laquelle on se récrie si vivement, c'est de supprimer l'appel au Saint-Siége. Autrement, on arriverait à cette déplorable conséquence que le titulaire illégalement dépossédé verrait toute issue fermée à ses réclamations et se trouverait réduit à dire, avec le prophète : *Sed et cum clamavero et rogavero, exclusit orationem meam.* Exposer un pareil système, c'est le réfuter.

C'est au point de vue de l'enregistrement de la sentence pontificale que le Conseil d'État a été saisi, au contentieux, de la réclamation de M. Roy.

Cet enregistrement était-il nécessaire ? Il est fort dur, sans doute, d'appliquer à la juridiction du pape, en matière de pure discipline spirituelle, les anciennes précautions établies uniquement autrefois en vue de son autorité gouvernementale.

[1] M. Réaume, chanoine de Meaux, tout en prenant la défense de M. Roy, avait blamé son appel comme d'abus (*Journal de Paris* du 4 mai 1868); mais il a reconnu ensuite (n° du 20 mai 1868), d'après les explications fournies par le curé de Neuilly, que le recours au Conseil d'État, dans l'espèce, était nécessaire.

Digitized by Google

Mais nous sommes obligé de reconnaître la légalité du décret rendu par le Conseil d'État, le 20 juin 1867, en présence du texte de l'article 1er de la loi du 18 germinal an X :

« Aucune bulle, bref, rescrit, mandat, décret, provision, si-« gnature servant de provision, ni autres expéditions de la « cour de Rome, même ne concernant que les particuliers, « ne pourront être reçus, publiés, ni imprimés, ni autre-« ment mis à exécution, sans l'autorisation du gouverne-« ment. »

Texte tellement général qu'il y fallu un décret du 30 février 1810 pour faire exception à la règle relativement aux *brefs de la pénitencerie pour le for intérieur seulement*.

Mais, en reconnaissant que M. Roy devait se pourvoir à fin d'enregistrement, il faut avouer qu'au point de vue du pouvoir civil, il n'y avait aucun intérêt à repousser l'exécution de la sentence romaine. Il importe peu au salut de l'Empire que Pierre ou Paul soit curé de Neuilly, et c'est avec raison que le Pape a réclamé par la voie diplomatique contre les entraves apportées sans intérêt par le pouvoir civil à l'exercice de la juridiction spirituelle. On comprend si bien cette situation que l'on n'a point le courage de refuser carrément l'enregistrement, et que l'on se réfugie dans l'arbitraire pur et simple, en repoussant tout mémoire, toute production ultérieure du titulaire dépossédé !

Comment prévenir à l'avenir de pareils conflits ? En assurant aux curés de canton les garanties d'une juridiction régulière, en l'absence de laquelle il n'y a point d'inamovibilité. Que deviendrait l'inamovibilité de la magistrature, si elle n'avait point pour garantie la juridiction de la Cour de cassation et si le ministre de la justice pouvait déposer un juge *ex informata conscientia*? Nous ne voyons point, que, dans l'affaire actuelle, l'autorité épiscopale ait invoqué cette disposition exceptionnelle du concile de Trente [1], mais il est fâcheux qu'un pareil arbitraire puisse régir des intérêts aussi respectables. Il importe aux évêques eux-mêmes, a fort bien dit le Saint-Siége, de maintenir leur juridiction dans des limites raisonna-

[1] Suivant M. Réaume, dans sa lettre citée plus haut (*Journal de Paris* du 9 mai 1868), les décisions rendues *ex informata conscientia* sont très-rares et ne peuvent jamais entraîner qu'une suspension temporaire.

Digitized by Google

bles, les excès et les abus ne pouvant profiter qu'aux ennemis de l'Église. « Ces formes judiciaires,» dit le vénérable chanoine de Meaux qui a pris la défense de M. Roy, M. Réaume (*Journal de Paris*, du 9 mai 1868), « modèle de la sagesse « séculaire de l'Église catholique, ne sont pas seulement pro- « tectrices du droit des faibles, elles sont encore l'éloquente « justification des supérieurs, ce qui n'est nullement indiffé- « rent. »

Mais, puisque les curés de canton reçoivent leur nomination du concours du pouvoir civil et de l'autorité ecclésiastique, il y aurait lieu de régler d'un commun accord les formes judiciaires auxquelles doit être soumise leur déposition. Au lieu d'un pacte secret pour faire échec à la juriction du Saint-Siége, nous aurions un règlement, publiquement avoué, qui, en restituant aux ecclésiastique les garanties du droit commun, rendrait à peu près sans objet l'appel comme d'abus et le recours au Siége apostolique. Ce serait là du bon et du vrai gallicanisme.

E. BONNIER.

DE L'INFLUENCE DE L'ABOLITION DE LA CONTRAINTE PAR CORPS sur la législation commerciale,

Par M. Eugène GARSONNET, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

(*Suite*[1].)

II.

Nous avons essayé de résumer la législation actuelle sur la remise de place en place interprétée par la doctrine et la jurisprudence. La conclusion s'en dégage nettement. La remise de place en place est une prohibition illusoire ou nuisible; la pratique n'a qu'une préoccupation, l'éluder; si la jurisprudence veut tenir la main à la stricte observation de la loi elle jette la perturbation dans les affaires en restreignant l'usage d'un titre dont il faut, au contraire, favoriser l'expansion; si elle

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 454.

Digitized by Google

ferme les yeux, la loi est continuellement violée et la remise de place en place est plus que jamais, suivant les expressions du Tribunat, une espèce de faux de convention du plus dangereux exemple. Aussi faut-il hardiment en solliciter l'abrogation.

Il est vrai qu'on peut encore la considérer comme le droit commun européen; on pourrait s'en étonner, car les idées suivent maintenant un courant contraire, mais cela tient à ce que plusieurs des lois actuellement en vigueur sont du siècle dernier, où la théorie du contrat de change régnait encore sans partage et que, parmi les plus récentes, la plupart ont été inspirées par le Code de Commerce français. Voici le tableau complet des législations comparées sur cette question.

Pour la remise de place en place : ordonnance suédoise des 21 janvier-1er février 1848, art. 1; — ordonnance danoise du 18 mai 1825, art. 1 et 2. Anthoine de Saint-Joseph ajoute cependant en note sur cet article, d'après des informations prises auprès de jurisconsultes danois, que « les fabri« cants et commerçants peuvent tirer des lettres de change « sur eux-mêmes, sur le lieu d'où elles sont émises. Cependant « ces lettres de change ne doivent énoncer d'autres valeurs que « l'argent comptant ni être souscrites pour une somme au« dessus de 200 thalers, ni à une échéance qui excède trois « mois. Elles peuvent être endossées à des commerçants. Elles « produisent le même effet que les lettres de change ordi« naires[1] » — Code hollandais, art. 100 — Code des cantons de Vaud et Fribourg, du 4 juin 1839, art. 1 — Code espagnol, art. 429 — Code portugais, art. 321 — Code lombard-vénitien, art. 110-112 — Code de Parme, Plaisance, Modène et Guastalla, art. 1524 — Règlement provisoire du commerce pour les États-Romains, art. 105-109 — Code des Deux-Siciles, art. 110-112 — Code des îles Ioniennes, art. 96-99 — Code grec, art. 110 — Code valaque de 1840, art. 106-124.

Contre la remise de place en place : Code hongrois, titre XV, art. 1 et 2 — Code russe, art. 294 et 296 — Code des can-

[1] *Concordance des Codes de commerce français et étrangers*, p. 174, note 1.

Digitized by Google

tons de Bâle (4 décembre 1808) et Zurich (16 mars 1805), art. 1 — Code du canton de Saint-Gall, du 8 juin 1784, suivi dans les cantons de Berne et Lucerne, art. 1 et 2 — Code du canton du Tessin, art. 1234 et 1235. — Aux États-Unis, où la législation sur le change n'est pas codifiée, il ne paraît pas non plus que la lettre de change doive être tirée d'un lieu sur un autre, s'il faut en croire la définition qu'en donne Anthoine de Saint-Joseph, d'après les commentaires du chancelier Kent sur le droit américain : « Une lettre de change est « un ordre écrit, par lequel une personne en charge un autre « de payer une somme d'argent [1]. » — Enfin, l'ordonnance générale allemande du 24 novembre 1848, sur laquelle nous reviendrons avec détails, n'exige pas, dans son article 4 qui détermine les conditions de validité d'une lettre de change, qu'elle soit tirée d'un lieu sur un autre.

Quant à la législation anglaise, elle fait sur ce point une distinction particulière. Il y a en Angleterre deux sortes de lettres de change, l'*inland bill of exchange* et le *foreign bill of exchange :* l'*inland bill*, ou lettre de change à l'intérieur, est celle qui est tirée de l'étranger et payable dans le Royaume-Uni, les îles de la Manche, de Man et les îles adjacentes; elle ne suppose ni n'exige la remise d'un lieu sur un autre; le *foreign bill* ou lettre de change à l'extérieur est celle qui est tirée de l'étranger et payable dans le Royaume-Uni, les îles de la Manche, de Man et les îles adjacentes, ou tirée de ces pays et payable à l'étranger, et qui, par la force même des choses, doit être tirée de place en place [2]. — Le Code sarde contient des dispositions analogues : les lettres tirées d'un lieu sur un autre dans le royaume sarde ne sont considérées que comme les simples promesses si elles ne sont créées entre commerçants; les lettres tirées de l'étranger sur une ville du royaume ou réciproquement sont, par leur nature même, comme les *foreign bills* anglaises, soumises à la condition d'être payables ailleurs que dans le lieu de leur création (art. 119, 121, 123, 124).

Sans tirer de ce tableau des conséquences exagérées, on

[1] *Op. cit.*, p. 207.

[2] Colfavru, *Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 226.

Digitized by Google

remarquera cependant 1° que presque toutes les lois qui ont conservé la remise de place en place ne font que reproduire le Code de commerce français : ainsi le code grec, le code lombard-vénitien, celui des Deux-Siciles, celui des îles Ioniennes, le règlement provisoire du commerce pour les États-Romains, sont la copie textuelle de notre Code de 1807 ; 2° qu'elle a été supprimée par les lois rédigées en dehors de l'influence française, celles de plusieurs cantons suisses et surtout l'ordonnance allemande de 1848. Ce n'est pas tout : un courant général porte le droit commercial à se dénationaliser, si l'on peut parler ainsi, c'est-à-dire à devenir un droit universel, étranger aux traditions et aux coutumes locales, exclusivement fondé sur les besoins du commerce et les usages généraux. Ce mouvement curieux s'est produit dans la préparation de la loi allemande et ses rédacteurs, préoccupés de fixer le droit commun de l'ancienne Confédération germanique, se sont surtout efforcés de ne poser que des règles d'une application générale et qui pûssent être acceptées dans les trente-sept États auxquels on les destinait, sans trouver d'obstacle dans les principes de leur législation particulière. « Si la loi actuelle, dit l'Exposé des motifs à propos de la « provision, était destinée à une seule partie du pays régie par « un droit civil unique, ces rapports y auraient pu être traités « également, mais une loi générale sur le change destinée à la « monarchie entière ne peut s'en occuper. Autant une loi de « change renfermée dans son domaine particulier s'adaptera « à toutes les législations, autant il y aurait de difficultés sé- « rieuses pour une loi commerciale, si elle s'étendait aux rap- « ports qui se présentent avant tout sous le point de vue du « droit civil[1]. » Ce mouvement ne s'arrêtera plus et, pour ne parler que du point qui nous occupe, on peut déjà marquer l'heure où la lettre de change sera régie dans tout le monde commerçant par une législation uniforme d'où la remise d'un lieu sur un autre sera certainement exclue comme le dernier vestige d'une théorie qui a fait son temps. On devra surtout ce progrès aux auteurs de l'ordonnance allemande de 1848, loi excellente et dont le crédit ne peut que grandir avec la puissance croissante de l'Allemagne.

[1] Bergson, *Revue de droit français et étranger*, t. V, p. 114.

Digitized by Google

Le législateur français est déjà entré dans cette voie, et à deux reprises différentes.

Les anciens articles 93 et 95 du Code de Commerce n'accordaient un privilége au commissionnaire pour le remboursement de ses avances que s'il les avait faites sur des marchandises expédiées d'une autre place et on avait même discuté s'il ne fallait pas une condition de plus, à savoir que le commettant fût domicilié dans un autre lieu que le commissionnaire : on craignait en matière commerciale plus encore qu'en matière civile les constitutions de gage frauduleuses et on avait considéré cette différence de lieu comme la meilleure garantie de leur sincérité. La loi du 23 mai 1863 a supprimé cette condition qui, avec la facilité des transports, était une gêne pour le commerce sans être une garantie pour les tiers, et, aux termes des nouveaux articles 91 et 95, le gage commercial est valablement formé sans que les marchandises aient été expédiées d'une autre place, ni que le débiteur et le créancier soient domiciliés dans des lieux différents [1].

[1] *Exposé des motifs :* « Il n'est pas inutile de faire observer ici que, par « la généralité des termes qui ne distinguent pas, *le gage se contracte à « l'égard des tiers conformément aux dispositions de l'article* 109 *du Code « de commerce*, ce premier paragraphe du nouvel article 9 fait disparaître « toute distinction entre le cas où les contractants habitent la même place « et celui où ils ont un domicile différent. Cette distinction consacrée par « les articles 93 et 95 avait été considérée par analogie comme applicable « au gage commercial proprement dit. En supposant que la différence de « domicile ait été une garantie contre la fraude et ait pu motiver une dis- « tinction dans la loi, la rapidité des communications a complètement fait « disparaître aujourd'hui cette garantie, et la distinction n'a plus sa raison « d'être. C'est dans tous les cas, et quelle que soit la résidence, des contrac- « tants, que le gage s'établira à l'égard des tiers par les preuves de l'ar- « ticle 109.... Le privilége des commissionnaires résultait déjà de l'article 93 « actuel, mais il n'existait pas de plein droit lorsque les parties résidaient « dans la même place où se trouvaient aussi les marchandises : un acte « enregistré pouvait seul, en ce cas, conférer le privilége au commission- « naire. Cette distinction que la force des choses et l'intérêt du commerce « ont amené la jurisprudence à atténuer autant qu'elle l'a pu, sera consi- « dérée peut-être par vous comme n'ayant plus de raison d'être, si vous ad- « mettez, comme nous l'avons proposé dans l'article 91, que dans le contrat « de gage proprement dit, le privilége s'établit par la preuve commerciale, « sans distinction entre le cas où les deux parties habitent la même place « et celui où elles habitent des lieux différents » (D., 63, 4, 74-75).

Rapport présenté par M. Vernier au nom de la commission du Corps législatif : « Le premier paragraphe de l'article 95 efface la distinction qui

Digitized by Google

La loi du 20 juin 1865 sur les chèques nous fournit un autre exemple de cette tendance, et plus voisin de notre matière. Frappé des avantages que l'Angleterre retire de l'usage des chèques, économie de temps, économie de frais, économie de numéraire, on veut les acclimater en France et se garder d'une réglementation trop minutieuse qui pourrait en entraver le développement. Pour cela, que fait-on ? On reconnaît, M. Ernest Picard le dit dans la discussion, que le principal avantage des chèques, « et c'est peut-être là ce qui fait désirer si vivement « la nouvelle législation sur les chèques [1], » c'est d'éviter le transport du numéraire et d'effectuer la remise d'une somme d'argent d'un lieu sur un autre. Et cependant, on décide dans l'article 5 que « le chèque peut être tiré d'un lieu sur un autre « ou sur la même place, » et on exprime à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires qu'on espère par là en rendre l'usage plus pratique [2]. On fait plus, et pour éviter aux particuliers les rigueurs de l'obligation commerciale qui pourraient leur faire craindre de régler au moyen de chèques leur situation respective, on ajoute dans l'article 4 que « l'émission d'un « chèque, lors même qu'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne « constitue pas par sa nature un acte de commerce et qu'il ne « le sera que s'il a été fait entre commerçants ou pour cause « commerciale entre non commercants [3]. » Il est vrai qu'il y a

« existait dans les articles 93 et 95 et qui consistait à n'affranchir le privi- « lége du commissionnaire sur les marchandises à lui expédiées des an- « ciennes formalités d'une constatation rigoureuse que lorsque le commis- « sionnaire et le commettant habitaient des places de commerce différentes. « La rapidité et la régularité des communications enlèvent toute raison à « cette distinction qui n'est plus guère qu'une gêne aux opérations de com- « merce. » (D., 63, 4, 78.)

[1] Séance du Corps législatif du 23 mai 1865; *Moniteur* du 24.

[2] *Rapport présenté par M. Darimon au nom de la commission du Corps législatif :* « On ne peut qu'applaudir à cette disposition qui permettra aux « virements et aux compensations de s'accomplir de place à place et qui « diminuent ainsi la nécessité de transports de numéraire. On peut se « faire une idée de la monnaie métallique qui voyage par le tribut payé « aux compagnies de chemins de fer, pour transport d'espèces; ce tribut « s'élève à 2 millions, ce qui représente un capital de 3 milliards » (D., 65, 4, 52).

[3] *Exposé de motifs :* « La faveur du projet consiste en ceci que, même « d'un lieu sur un autre, l'émission d'un chèque ne constituera pas un acte « de commerce, comme celle d'une lettre du change. Cette faveur s'explique

Digitized by Google

des différences considérables entre le chèque et la lettre de change : ainsi la lettre de change exige seulement qu'il y ait provision à l'échéance; dans le chèque la provision doit exister au moment même de sa création; en d'autres termes l'une est un effet de circulation, l'autre un effet de liquidation. Ces différences sont même tellement marquées qu'on n'a pas voulu que le chèque pût se substituer à la lettre de change et devenir

« par cette considération qu'en fait la fonction du chèque est très-souvent « et peut-être le plus souvent de liquider des obligations contractées par « des particuliers non négociants et qui ne présentent aucun caractère com- « mercial dans leurs causes » (D., 65, 4, 47). — *Rapport de M. Darimon :* « En fait le chèque tiré d'un lieu sur un autre servira le plus souvent à li- « quider des obligations contractées par les particuliers non commerçants, « obligations qui n'auront aucun caractère commercial dans leurs causes » (D., 65, 4, 52). — Il résulte de là une différence considérable entre le chèque et la lettre de change, mais M. Ernest Picard nous paraît s'être trompé en voyant dans cet article une dérogation à l'article 632 du Code de commerce qui répute actes de commerce entre toutes personnes les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place. Il a dit, en effet, dans la discussion : « Notre législation commerciale dit que l'acte de commerce « est précisément la remise de place en place; par conséquent, lorsqu'une « remise de place en place qui peut avoir une grande importance est faite « au moyen du chèque — et c'est peut-être là ce qui fait désirer si vivement « la nouvelle législation sur les chèques — ce sera un acte de commerce. « Pourquoi enlever au tribunal de commerce sa compétence? déclarer qu'un « acte de commerce par excellence cessera d'être un acte de commerce? » M. Rouher n'a répondu à l'objection que d'une manière insuffisante : « Je « n'hésite pas à l'affirmer; dans l'émission et l'acceptation d'une chèque, il « n'y a pas ce qui est le caractère essentiel et fondamental de la lettre de « change et de la juridiction commerciale; l'émission d'un chèque est une « simple liquidation, un simple règlement opéré sur les fonds disponibles « au moyen d'un instrument de crédit spécial, opération très-différente du « contrat de change tel que le définit le Code de commerce. Il ne saurait « y avoir, par conséquent, ni hésitation ni difficulté dans l'application de « l'article 4 » (Séance du Corps législatif du 23 mai 1865; *Moniteur* du 24). — Il y avait mieux à répondre : le caractère commercial n'est pas attaché au contrat de change, mais à la lettre de change, et l'article 632 n'a pas déclaré acte de commerce : 1° la lettre de change, 2° les remises d'argent faites de place en place, mais les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place. Cela résulte d'une jurisprudence maintenant établie et que nous apprécierons plus tard, d'après laquelle le billet à domicile n'est pas un acte commercial par lui-même, parce que, s'il est payable dans un autre lieu que celui de son émission, il n'est cependant pas une lettre de change. Dès lors il n'y a pas à s'étonner que le chèque tiré d'un lieu sur un autre ne soit acte de commerce que s'il est fait entre commerçants ou pour une cause commerciale.

Digitized by Google

un moyen de crédit : « Il ne faut pas, dit M. Darimon dans « son rapport, qu'en augmentant la circulation du chèque on « en fasse un instrument qui le substituerait aux valeurs de « crédit, » et M. Forcade la Roquette a dit aussi dans la discussion : « Le chèque, sous aucun rapport, ne peut être un in- « strument de crédit, le chèque est un instrument de liquida- « tion et de payement [1]. » Cependant, il est certain que le chèque a beaucoup de rapports avec la lettre de change à vue (art. 5 de la loi) [2] : l'un et l'autre se transmettent par endossement, et en Angleterre le chèque est considéré comme un *inland bill* ou lettre de change à l'intérieur [3]. Nous sommes autorisés à conclure de là que le législateur a déclaré lui-même dans la discussion de cette loi que, lorsqu'on veut propager une institution utile, il faut la débarrasser de tout ce qui est propre à en rendre l'usage incommode, la remise de place en place par exemple, et cela prouve combien il était imprudent d'écrire en 1850 : « On doute que cette théorie soit de longtemps admise dans les relations commerciales de l'Europe. »

Y a-t-il quelque raison de ne pas faire pour la lettre de change ce qu'on a fait pour le gage commercial et pour les chèques? « On ne saurait, dit M. Nouguier, trop s'élever « contre ces doctrines que tous les hommes pratiques combat- « tront avec nous. A notre avis, ce système de la loi allemande

[1] Séance du Corps législatif du 28 mai 1865; *Moniteur* du 24.

[2] M. Nogent Saint-Laurent, séance du Corps législatif du 23 mai 1865; *Moniteur* du 24.

[3] *Rapport de M. Darimon :* « Le chèque étant dans son contexte un « ordre à un banquier de payer une somme d'argent au porteur est consi- « déré comme une lettre de change à l'intérieur (*inland bill*). A cause de « cela il est soumis à tous les règlements qui fixent les droits et la respon- « sabilité des parties en ce qui concerne la lettre de change de cette nature. « Depuis l'acte du 24 mai 1858 qui a soumis au timbre fixe d'un penny « toute traite ou ordre sur un banquier pour le payement d'une somme « d'argent au porteur sur demande (*on demand*), les distinctions qu'il « pouvait y avoir entre la lettre de change payable à présentation et le « chèque ont entièrement disparu : ainsi de même qu'il est interdit de créer « des billets de moins de 20 shillings, de même il est défendu de faire un « chèque qui n'atteindrait pas cette somme; la personne qui créerait un « chèque de cette nature serait frappée d'une pénalité. L'assimilation entre « les deux titres, au point de vue de la loi, est aujourd'hui complète » (D., 65, 4, 78).

[4] Dalloz, *op. et loc. cit.*, n° 25.

Digitized by Google

« est en opposition directe avec les principes les plus essen-
« tiels du contrat de change; il dénature sans motifs et sans
« profit les bases séculaires sur lesquelles repose ce contrat,
« il aurait pour conséquences de troubler le commerce et de
« nuire à ses intérêts les plus chers; enfin il offre des dangers
« d'autant plus grands qu'il s'appuie sur des idées séduisantes
« et qui ne sont fausses que parce qu'elles sont exagérées [1]. »
Laissons cette phraséologie. Tous les auteurs sollicitent l'abrogation de l'article 110, et le commerce ne l'attend pas pour se soustraire aux exigences de cette disposition; recherchons donc si la lettre de change a conservé le caractère qu'elle avait à son origine et s'il y a encore des raisons sérieuses de ne l'admettre que tirée d'un lieu sur un autre.

On le comprenait dans l'ancien droit. La lettre de change avait été inventée pour supprimer le transport réel de l'argent, on ne soupçonnait pas qu'elle pût servir à autre chose, et comme elle échappait à la prohibition du prêt à intérêt, il était naturel qu'elle se distinguât par quelque signe extérieur qui empêchât de la confondre avec lui. Maintenant, au contraire, on voit le parti inconnu jusqu'ici qu'on peut tirer de la lettre de change, il n'est plus question de prohibition du prêt à intérêt, et, s'il y a quelques raisons de conserver l'article 110, elles viennent de disparaître par la suppression de la contrainte par corps. Le législateur français n'a jamais eu de prédilection pour la contrainte par corps; il a pu la conserver comme une nécessité, mais il n'a jamais cessé d'y voir une atteinte à la liberté individuelle. Aussi, sans parler des innovations libérales de 1832 et 1848, a-t-il pris soin de la restreindre dans des limites étroites et surtout d'empêcher qu'elle pût être stipulée en dehors de cas où il l'autorisait. Il avait senti que, le jour où la contrainte par corps pourrait être conventionnelle, le prêteur serait d'autant plus âpre à l'exiger, qu'il serait plus avide et plus malhonnête, et il avait craint par dessus tout l'exploitation des débiteurs, trop disposés à donner leur liberté en échange d'un peu de crédit. C'est dans cette pensée qu'il a écrit l'article 2063 du Code Napoléon : « Hors les cas déter-

[1] *Op. cit.*, t. I, Introduction, p. 13.

Digitized by Google

« minés par les articles précédents, ou qui pourraient l'être à « l'avenir par une loi formelle, il est défendu à tous juges de « prononcer la contrainte par corps, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, « et à tous Français de consentir pareils actes encore qui en « eussent été passés en pays étranger, le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. » Cette règle protectrice de la liberté individuelle une fois posée, il fallait empêcher qu'elle fût éludée et que, par des moyens détournés, on ne rendît la contrainte par corps conventionnelle et la liberté aliénable. La lettre de change qui est entre toutes personnes un acte de commerce entraînant la contrainte par corps, a paru au législateur un moyen facile de tourner sa prohibition, il a craint de voir les opérations civiles se déguiser sous la forme de la lettre de change et il a cru prévenir le danger en la soumettant à peine de nullité comme lettre de change à des conditions rigoureuses et spéciales comme la nécessité d'être tirée d'un lieu sur un autre.

Nous n'oserons pas dire que le législateur ait réussi. Son intention fut excellente, mais il ne vit pas qu'il voulait l'impossible et qu'il allait, sans atteindre son but, compliquer le mécanisme et rendre plus difficile l'usage de la lettre de change. D'abord il permettait, sous le nom de billet à ordre, ce qu'il défendait dans la lettre de change, c'est-à-dire la transformation, sans remise d'un lieu sur un autre, d'une obligation civile en obligation commerciale. Sans doute, le dommage est moins grand, car la lettre de change est un acte commercial par lui-même qui entraîne la contrainte par corps, quelles que soient la qualité du signataire et la cause de son obligation (C. de com., art. 632); le billet à ordre, au contraire, n'a le caractère commercial que s'il est signé par des commerçants ou pour faits de commerce et c'est seulement à cette condition qu'il entraîne la contrainte par corps (C. de com., art. 637; L. du 17 avril 1832, art. 3). Mais allons plus loin : dans la lettre de change elle-même, la remise d'un lieu sur un autre n'est pas une garantie suffisante que la forme employée ne cache pas une opération civile. On a vu d'abord combien les suppositions sont difficiles à découvrir et nous avons montré comment il fallait que la lettre de change, pour être valable, fût tirée d'un lieu sur un autre, mais aussi comment cette

Digitized by Google

condition remplie la rend inattaquable, quelle que soit la cause d'ailleurs licite qu'elle puisse avoir. Et ainsi rien n'est plus simple — la loi ne l'empêche pas, elle ne saurait l'empêcher — que de donner à l'opération la moins commerciale les garanties de la lettre de change : je vous emprunte 1,000 fr. et vous voulez que je me soumette à la contrainte par corps ; je m'oblige au remboursement en tirant à votre profit ou en laissant tirer sur moi une lettre de change avec remise de place en place : me voilà obligé et contraignable par corps sans qu'il y ait aucune supposition, sans qu'il y ait, je le répète, aucun moyen de s'opposer à cette aliénation indirecte de ma liberté. La discussion de la loi du 22 juillet 1867 devant le Sénat, contient à cet égard les déclarations les plus nettes et les plus précises [1].

Nous n'en considérons pas moins comme certain que ce fut la pensée du législateur, lorsqu'il a conservé dans le Code de commerce la remise d'un lieu sur un autre, contre laquelle on a vu s'élever dès 1807 les réclamations les plus vives. C'est ce qu'a reconnu la Cour d'Agen dans les motifs d'un arrêt remarquable du 3 février 1860 : « Attendu que le législateur a eu « pour but dans l'article 110 de proscrire ces espèces de pactes « mensongers par lesquels on attribue journellement le crédit « et la faveur des lettres de change à des opérations sur place « étrangères au commerce, faites entre particuliers, et le plus « souvent pour cause de prêts civils ; qu'un pareil usage n'est « qu'un abus invétéré, que son ancienneté ne le rend pas plus « respectable et que, loin d'être obligés par sa durée à le sanc- « tionner, les magistrats ne font que remplir un devoir sacré « en réprimant de pareils abus et en y mettant promptement « un terme, alors surtout qu'il s'agit d'exécuter une loi protec- « trice de la sûreté des personnes [2]. » La Cour de Nancy avait dit déjà, dans un arrêt du 8 avril 1845 : « Attendu qu'en pré- « sence des dispositions de l'article 2063 du Code civil sur la « prohibition de souscrire l'engagement de la contrainte par « corps hors des cas déterminés par la loi, il y a lieu de res- « treindre l'exception apportée par le Code de commerce en « matière de lettre de change aux cas où les conditions exigées

[1] V. *infra*, p. 546.
[2] D., 60, 2, 43.

Digitized by Google

« par l'article 110 de ce Code ont été strictement remplies[1]... »

Au surplus le législateur s'en est expliqué lui-même à plusieurs reprises. Toutes les fois que la contrainte par corps a été discutée à la tribune, les débats ont fait ressortir le lien intime qui y rattache l'article 110 du Code de commerce. Ainsi en 1832, le comte Portalis, frappé du danger de la lettre de change au point de vue de la liberté individuelle, trouvait insuffisant l'article 3 du projet de loi qui refusait la contrainte par corps à la lettre de change entachée de supposition; il demandait dans son rapport au nom de la Commission de la Chambre des pairs, une réforme plus radicale : ne plus attacher la contrainte par corps qu'aux lettres de change qui constatent des engagements commerciaux. « La loi civile, disait-il, défend avec sévérité « de stipuler la contrainte par corps dans les cas qu'elle n'a « point prévus; elle frappe de nullité les stipulations de cette « nature quiseraient insérées du consentement des parties dans « les contrats publics et authentiques, et cette prohibition est « d'ordre public. Comment admettre dès lors qu'on puisse, sous « l'égide de la loi commerciale, à l'aide d'un détour qui blesse « le droit non moins que la vérité, éluder une défense si positive et dont le principe est si sacré, en donnant une autre « forme à un prêt purement civil et en le déguisant sous la « forme d'une lettre de change ? Ce serait violer la loi par la loi « elle-même. » Il montrait ensuite les résultats pratiques de la loi en vigueur : sur 20 individus incarcérés pour non payement de lettre de change, 15 au moins ayant contracté des engagements civils et « dont le véritable commerce rougirait ; » et, tout en maintenant le principe de la contrainte par corps déjà contesté à cette époque, il ajoutait : « Il n'en est pas moins vrai « qu'un grand nombre d'infortunés gémissent dans les prisons « par l'abus d'une voie d'exécution exclusivement établie pour « les conventions qui dérivent du commerce, et que, si la loi « doit faire plus de cas de l'aisance publique que de la liberté « d'un citoyen, comme dit Montesquieu, elle doit toujours préférer la liberté d'un citoyen à l'aisance d'un autre. » Enfin il examinait les objections qu'on lui avait adressées, et rencontrant celle qui consiste à dire que la remise de place en place est une garantie suffisante, « elle n'a, disait-il, rien de concluant :

[1] D., 49, 2, 157.

Digitized by Google

« tous les jours on transporte des valeurs d'un lieu sur un autre, « on délivre des mandats de ville en ville sans faire pour cela « des actes de commerce [1]. » On sait que cette proposition ne fut pas adoptée.

La même idée reparaît dans les travaux préparatoires de la loi du 16 décembre 1848. Le tribunal de commerce de la Seine, consulté sur le rétablissement de la contrainte par corps, répondit presque à l'unanimité par l'organe de son président, M. Devinck, qu'il fallait la maintenir non-seulement pour les actes de commerce faits par un commerçant établi, mais encore pour les actes de commerce isolés, les premiers que fait une maison qui se fonde et pour lequel elle a besoin d'un crédit d'autant plus grand qu'elle n'a pas pu encore mériter la confiance. Mais, ajoute M. Devinck, dans son *Opinion du tribunal de commerce de la Seine sur le rétablissement de la contrainte par corps*, « un excellent esprit, un juge qui siége depuis longtemps au « tribunal, a signalé l'abus des lettres de change signées par « des non-commerçants, par de jeunes étourdis qui dispersent « promptement l'héritage qu'ils tiennent de leur famille. Il a « aussi signalé le fait qu'un propriétaire qui vend les produits « de son travail peut recevoir une lettre de change en payement, « la transmettre par endossement et se trouver ainsi contrai- « gnable par corps. Il proposait donc de ne pas appliquer cette « voie d'exécution aux individus non négociants pour signa- « tures apposées sur des lettres de change ou pour aval, lors- « que ces signatures n'auraient pas pour cause des actes de « commerce [2]. » Ce système n'eut pas plus de succès qu'en 1832. M. Dabeaux l'avait reproduit sous forme d'amendement devant l'Assemblée nationale, mais il fut repoussé. Voici comment s'exprime à cet égard M. Durand (de Seine-et-Oise) dans un rapport supplémentaire fait au nom de la commission : « Nous « ne nous sommes pas dissimulé qu'un certain nombre de lettres « de change n'étaient pas sérieuses et que la modification pro- « posée tendait à faire cesser des abus réels. Mais nous avons « aussi considéré que les tribunaux ne manquent pas à déjouer « cette fraude quand elle se présente ; que, s'il n'était pas pos- « sible de simuler des lettres de change pour soumettre indû-

[1] Dalloz, *op. cit.*, v° *Contrainte par corps*, p. 341, en note.
[2] Dalloz, *op. cit.*, v° *Contrainte par corps*, p. 341, en note.

Digitized by Google

« ment un débiteur à la contrainte par corps, on arriverait au « même résultat en simulant des actes de commerce; qu'ainsi « la difficulté ne serait pas résolue, mais simplement éludée. « Nous avons pensé en outre que, les lettres de change faisant « dans le commerce l'office de monnaie, ce serait en diminuer « la valeur que de les priver d'une partie de la garantie du paye- « ment, et que cette altération porterait atteinte à la confiance « qu'elles méritent à l'étranger et nuirait aux opérations de « nos négociants, dont le papier offrirait une sécurité de moins « que celui de leurs concurrents [1]. » M. Crémieux était plus radical : il voulait qu'on prît des mesures énergiques contre les auteurs de simulations ayant pour but de stipuler la contrainte par corps, qu'ils fussent punis d'amende et de la privation des droits civiques. Son amendement fut aussi rejeté : « Nous avons « craint, dit M. Durand (de Seine-et-Oise) dans le même rap- « port, que la difficulté de déterminer d'une manière précise « les caractères de la simulation ne prêtât trop à l'arbitraire et « que les créanciers qui auraient un nouveau risque à courir « n'en prissent occasion pour augmenter le taux de l'inté- « rêt [2]. »

On retrouve dans la discussion de la loi du 22 juillet 1867 des traces de la même préoccupation. Toutefois, le terrain du débat a changé. La question ne s'agite plus, comme en 1832 et en 1848, entre ceux qui veulent le maintien absolu de la contrainte par corps en matière de lettre de change, et ceux qui demandent qu'elle soit restreinte aux lettres de change signées par les commerçants ou pour une cause commerciale. En 1867, le Gouvernement propose l'abolition de la contrainte par corps et les partisans de son maintien demandent à la conserver au moins pour les obligations qui ont un caractère réellement commercial. Un amendement a été proposé en ce sens par la commission du Corps législatif : « dans le cas « même où les lettres de change ne sont pas réputées sim- « ples promesses, les tribunaux peuvent ne pas prononcer la « contrainte par corps contre les souscripteurs, endosseurs ou « donneurs d'aval qui ne sont point commerçants ou qui n'ont « point fait acte de commerce. » « Cet amendement, disait

[1] Dalloz, *op. cit.*, v° *Contrainte par corps*, p. 342, en note.
[2] Dalloz, *op. cit.*, v° *Contrainte par corps*. p. 342, en note.

Digitized by Google

« M. Josseau, répond à l'une des préoccupations des défen-
« seurs du projet qui redoutent surtout la contrainte par
« corps appliquée aux non-commerçants qui s'y sont indirecte-
« ment soumis pour obtenir du crédit; il ferme la seule porte
« par laquelle puissent entrer dans la prison pour dettes les
« fils de famille[1]. » M. Goerg ajoutait : « Il serait facile d'in-
« sérer dans la loi une modification bien nette, bien précise,
« qui permettrait au débiteur non-commerçant de discuter la
« cause de sa signature et qui le garantirait de la contrainte
« par corps dans le cas où il justifierait de la non-commercia-
« lité de sa signature, c'est-à-dire s'il prouvait qu'elle n'a pas
« une cause commerciale[2]. » Ce système de contrainte par corps facultative fut très-vivement attaqué par M. Rouher : « Quelle est la marche de la législation sur la contrainte par
« corps? Depuis l'ordonnance de 1673, elle a constamment
« tendu à resserrer la discrétion du juge et à placer dans le
« domaine de la loi les conditions dans lesquelles devait
« s'exercer la contrainte par corps. Vous remontez le temps,
« vous revenez dans le passé, vous allez donner au magistrat
« le droit de prononcer à son gré l'application ou la non-appli-
« cation de la contrainte par corps. Mais aujourd'hui la situa-
« tion n'est plus la même ; aujourd'hui, sauf l'application de
« l'article 126 du Code de procédure, il n'en est plus ainsi : le
« juge prononce la contrainte par corps obligatoirement,
« quand le fait est constant, en matière civile; la contrainte
« par corps est appliquée obligatoirement en toute matière com-
« merciale; la contrainte par corps est une annexe nécessaire
« de l'exécution des jugements commerciaux, et vous voulez
« qu'à l'avenir le juge puisse, après coup, mettre ces juge-
« ments en échec et les détruire! Nous n'avons pas osé donner
« à la magistrature une pareille puissance, nous n'avons pas cru
« qu'il fût possible de dire au juge : selon vos impressions, sur
« un examen rapide, vous avez le pouvoir de contrôler la si-
« tuation, la fortune du débiteur, et, suivant vos dispositions
« personnelles à la sévérité ou à l'indulgence, vous pronon-
« cerez ou vous ne prononcerez pas la contrainte par corps[3]. »

[1] Séance du 26 mars 1867; *Moniteur* du 27, p. 367.
[2] Séance du 27 mars 1867; *Moniteur* du 28, p. 371.
[3] Séance du 28 mars 1867; *Moniteur* du 29, p. 378.

Digitized by Google

On sait que ce moyen terme ne fut pas admis et que la loi supprime la contrainte par corps en termes absolus.

Mais c'est surtout au Sénat que la question a été serrée de près. Le Corps législatif, en appréciant les conséquences de la loi, a porté son attention sur la faillite plus que sur la lettre de change; c'est ce dernier point de vue qui paraît avoir surtout préoccupé le Sénat et les procès-verbaux de ses discussions fournissent sur ce point des documents précieux.

C'est d'abord le rapporteur, M. de Royer, qui insiste sur l'impossibilité d'admettre la contrainte par corps facultative comme garantie de la lettre de change. « Si, en effet, la con-« trainte par corps était, comme on le soutient, pour la lettre de « change et à l'égard des commerçants pour le billet à ordre, « une garantie nécessaire du payement à l'échéance, une sorte « de timbre monétaire indispensable à la circulation et au « crédit de ces valeurs, qu'on fait entrer dans le fonds de rou-« lement du commerce pour une valeur d'environ 24 ou 25 « milliards, que deviendrait la vertu indiscutable de cette ga-« rantie le jour où elle dépendrait de l'appréciation des cir-« constances et du libre arbitre du juge? Ou il faut dire avec « le comte Portalis ; ce n'est pas parce qu'un commerçant est « contraignable par corps qu'on demande son papier, c'est « parce qu'il est réputé homme d'honneur, de fortune et de « capacité; tous auraient le même crédit s'il suffisait d'être « contraignable par corps ; et, dans ce système, la contrainte « par corps perd un de ses appuis les plus solides et les plus « invoqués — ou il faut repousser la contrainte par corps fa-« cultative en matière commerciale[1], »

M. Lacaze, dans le sens du projet de loi, attaque très-vivement la contrainte par corps ; il fait voir — et personne dans cette discussion n'a mis en lumière mieux que lui ce point important — que, malgré l'article 2063, l'usage de la lettre de change équivaut à la contrainte par corps conventionnelle : « C'est une aliénation volontaire et conventionnelle de la li-« berté individuelle. Je sais bien que vous répondrez : non, « ce n'est pas la convention qui stipule la contrainte par corps, « c'est la loi qui la prononce et qui défend, au contraire, dans

[1] Rapport de la commission du Sénat, présenté le 5 juillet 1867; *Moniteur* du 6, p. 882.

Digitized by Google

« les termes les plus énergiques, de la stipuler; elle le défend « avec commination de peines contre les officiers ministériels « qui se prêteraient à des conventions de cette nature. C'est « vrai, mais cette espèce de respect humain n'est pas dans la « loi autre chose qu'une inconséquence. En fait, quel change- « ment apporte-t-il à la réalité des choses? Est-ce que, lorsque « la loi attache nécessairement la contrainte par corps à un « contrat passé sous une forme déterminée et que les parties « qui le savent bien contractent sous cette forme, ce n'est pas « absolument comme si l'une avait stipulé et l'autre promis « la contrainte par corps? C'est ce qui se fait tous les jours « par des milliers de personnes. Vous savez aussi bien que « moi que les qualifications données sur les actes d'écrou sont « mensongères : les magistrats consultés, ceux même qui dé- « fendent la contrainte par corps, l'attestent, et nous venons de « voir tout à l'heure ce que cette constatation leur suggère de « modifications et de réformes. Je dis qu'aux termes mêmes de « la loi, de l'article 1135, si je ne me trompe, qui veut qu'on « sous-entende dans les conventions toutes les suites que l'u- « sage et la loi y attachent d'après leur nature, lorsque la loi « attache à un contrat passé sous une forme déterminée la « contrainte par corps, les parties qui contractent sous cette « forme stipulent la contrainte par corps. L'une des deux par- « ties la stipule et l'autre la promet. Ce n'est pas à dire pour « cela que la prohibition de l'article 2063 soit vaine et qu'il « n'y ait aucun enseignement à en tirer : l'enseignement, je « vais le dire, c'est que, dans notre pays de liberté en quelque « sorte illimitée des conventions, il faut qu'une chose soit « bien mauvaise pour être devenue l'objet d'une prohibition « formulée en termes aussi énergiques; et l'article 2063 montre « cette institution, dont vous vous faites le défenseur, con- « damnée en principe par la loi même qui l'admet [1]. »

M. Baroche insista fortement dans le même sens et il montra comment la lettre de change, avec la contrainte par corps conventionnelle qu'elle comporte, sert à éluder le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal : « A côté des précautions de la « loi il y a la contrainte par corps, et chose assez bizarre, on « a remarqué qu'elle est le plus souvent exercée dans les pays

[1] Séance du 16 juillet 1867; *Moniteur* du 17, p. 958.

Digitized by Google

« où le régime dotal est en vigueur, précisément parce que,
« dans ces pays, elle trouve appât dans les biens de la femme.
« En effet, vous savez tous qu'aux termes du Code Napoléon
« la femme peut aliéner ses biens dotaux pour tirer le mari de
« prison ; la plupart du temps on fait consentir au mari des
« lettres de change fictives, tirées, par exemple, de Paris sur
« Versailles et de Versailles sur Paris, dans lesquelles les tri-
« bunaux, malgré leur ferme volonté, leur rigueur, leur jus-
« tice, ne peuvent déjouer la fraude à cause de l'habileté du
« déguisement. Et à ce propos je me rappelle une affaire que
« j'ai entendu plaider par un avocat extrêmement habile et de
« la plus grande distinction, qui n'est pas resté au barreau ;
« je pourrais dire son nom : la grande difficulté consistait pré-
« cisément à établir qu'une lettre de change n'était pas valable
« parce qu'il n'y avait pas remise de place en place ; je ne sais
« si l'on a réussi, mais je me souviens encore de tous les efforts
« de talent qu'on a déployés pour le démontrer. La simulation
« n'est donc pas si facile à discerner... M. Boinvilliers vous
« a parlé de la Normandie : l'usage s'y est introduit de stipuler
« la contrainte par corps dans des cas où elle ne devrait pas
« être exercée ; il est d'habitude en Normandie de faire sous-
« crire des lettres de change entre propriétaires pour des
« achats de bestiaux, en sorte que l'on court le risque d'être
« bel et bien emprisonné pour avoir acheté un bœuf afin de
« l'engraisser dans ses pâturages. Voilà comment la contrainte
« par corps devient une véritable contrainte conventionnelle.
« Elle est donc parfaitement illégitime, parce qu'elle ne peut
« et ne doit pas naître d'une convention [1]. »

[1] Séance du 17 juillet 1867; *Moniteur* du 18, p. 968.

EUGÈNE GARSONNET.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE L'INSTRUCTION CRIMINELLE,

Par M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation.

Compte rendu par M. Guyho, conseiller à la Cour de cassation.

Bien que le *Traité de l'instruction criminelle* ait pris depuis longtemps sa place dans toutes les bibliothèques juridiques, bien qu'il soit désormais apprécié comme une des publications les plus importantes qui aient été faites de notre temps, non-seulement en France, mais à l'étranger, il nous a semblé qu'il ne serait pas sans intérêt de le soumettre à un nouvel examen, à propos de la seconde édition qui vient de paraître.

Sans doute l'ouvrage est resté le même dans ses parties essentielles. Toutefois, des améliorations signalées par l'expérience y ont été apportées. Pendant le cours de la première publication, c'est-à-dire dans une période qui s'étend de 1845 à 1860, des lois nombreuses avaient modifié certaines parties de notre Code d'instruction criminelle. Depuis 1860 jusqu'à 1866, d'autres changements étaient également intervenus; l'auteur, dans cette seconde édition, a fait à son livre les modifications nécessaires pour le mettre au courant du dernier état de la législation. La jurisprudence elle-même, dont la marche ne s'arrête jamais, a été interrogée avec un soin scrupuleux dans ses monuments les plus récents. Ajoutons enfin que, malgré ces additions qui l'ont enrichi, l'ouvrage, remanié dans son ensemble, a pu être réduit à huit volumes au lieu de neuf. Ce sont là de notables changements. L'œuvre tout entière en a été en quelque sorte renouvelée, et il n'est pas inutile de l'examiner dans sa forme dernière.

La justice répressive, quoiqu'elle soit une dans son but, se divise néanmoins en deux branches distinctes.

La première a pour objet de discerner, au milieu de l'infinie variété des actions humaines, celles qui, étant à la fois contraires à la morale et socialement nuisibles, donnent à la société le droit d'en punir les auteurs. Classer ces actions d'après leur degré d'immoralité et de nocuité; définir avec exac-

Digitized by Google

titude les caractères qui les constituent, afin qu'on puisse sûrement les reconnaître; déterminer, dans les limites du *minimum* au *maximum*, limites qui sont celles de la liberté du juge, la mesure du châtiment qui leur est applicable; telle est la matière du droit pénal proprement dit.

Mais il ne suffit pas d'avoir classé les actes, défini les infractions, déterminé les peines; il faut encore, aussitôt que se produit un fait qui paraît rentrer sous la définition légale, en constater avec précision les circonstances matérielles, en rechercher les véritables auteurs, les traduire devant les tribunaux compétents et les convaincre d'en être moralement et pénalement responsables.

C'est ici que le drame judiciaire commence; c'est ici que trois personnages entrent forcément en scène, un juge, un accusateur et un accusé.

Organiser les formes de la juridiction, régler l'exercice du droit de punir, formuler les garanties destinées à protéger les intérêts et les droits de l'accusé, tel est, envisagé à son point de vue le plus général, l'objet des lois de procédure criminelle.

Comme on le voit, un lien étroit les rattache aux lois pénales. Les deux législations ont un but commun : l'administration de la justice répressive. Pour bien comprendre chacune d'elles, il faut donc les embrasser toutes deux dans leur ensemble. C'est pourquoi M. Faustin Hélie, tout en restant fidèle à l'ordre logique de ses travaux, en en donnant, par suite, la première place à la *Théorie du Code pénal*, a réservé la seconde au *Traité de l'instruction criminelle*. L'un de ces ouvrages est le complément nécessaire de l'autre.

La méthode de l'auteur est restée la même.

M. F. Hélie est un esprit philosophique. Tout en serrant de près les textes, il aime à remonter aux sources, à interroger les principes; il aime surtout à rechercher dans la tradition le sens vrai des dispositions qu'il interprète. Là où un autre se serait contenté d'un simple travail d'exégèse, d'un commentaire plus ou moins pratique sur les six cent quarante-trois articles du Code, M. F. Hélie a eu à cœur de faire précéder cette étude d'une savante introduction dans laquelle il a scruté, à l'aide d'une érudition patiente et sagace, les plus antiques origines de notre procédure criminelle. Se proposant d'élever à la science un monument, il a senti qu'il fallait en fixer soli-

Digitized by Google

dement les bases dans les profondeurs de la philosophie et de l'histoire.

Sans doute le christianisme a creusé en quelque sorte un abîme entre le monde ancien et le monde moderne. Toutefois la solution de continuité n'est pas telle, que ces deux mondes ne se pénètrent par beaucoup de points. Notre civilisation se rattache par des liens incontestables à la civilisation grecque et romaine; surtout à cette dernière. Combien d'idées, d'institutions, d'habitudes d'esprit; combien de cérémonies religieuses, de détails de notre vie publique et privée ont été puisés à cette double source? On conçoit dès lors que la législation qui règle chez nous la procédure criminelle puisse avoir quelques-unes de ses racines dans les législations qui ont présidé au développement de la vie judiciaire, dans ces deux grandes nations.

Mais si l'élément romain a une part considérable à réclamer dans notre procédure criminelle, cet élément s'y trouve mêlé à beaucoup d'autres.

Les invasions germaniques qui ont couvert notre sol et se sont en quelque sorte superposées l'une à l'autre, pendant une longue période, ont imposé à la Gaule romaine les idées, les mœurs et les lois des races diverses dont elles étaient composées. Quoique ce déploiement de la vie barbare ait subi de bonne heure l'action des idées chrétiennes, il n'en a pas moins laissé, à travers les siècles, son empreinte dans nos habitudes nationales. La féodalité, qui lui a succédé, a eu une plus grande influence encore sur la formation de nos institutions et de nos mœurs judiciaires. Enfin les ordonnances de nos rois, en réglant, dans la période qui s'étend du XIVe siècle à la Révolution française, toutes les branches de l'administration de la justice criminelle, ont fourni au législateur moderne des matériaux, qu'il a dû sans doute modifier, pour les accommoder aux idées et aux mœurs de notre temps, mais qui se retrouvent encore en grande partie dans son œuvre.

Voici d'ailleurs comment M. F. Hélie trace lui-même le plan qu'il se propose de suivre :

« Nous exposerons, dit-il, dans ce premier livre, les formes des institutions et de la procédure en matière criminelle, 1° dans la législation attique, 2° dans le droit romain, 3° dans la législation des capitulaires sous les deux premières races,

Digitized by Google

4° dans les coutumes féodales et dans la législation antérieure à l'ordonnance de 1539, 5° sous le régime des ordonnances de 1539 et de 1670, 6° dans la législation de 1791 et de l'an IV. Cette route difficile et laborieuse est la seule qui nous conduise sûrement et directement à notre but. »

Assurément voilà un programme qui a de la grandeur. Le but que se propose l'auteur est ambitieux, mais c'est là une de ces nobles ambitions qui, lorsque les forces y répondent, et qu'elles sont couronnées de succès, assurent à l'écrivain une gloire durable.

Ce plan offrait toutefois, dans l'exécution, un péril que M. F. Hélie a soigneusement évité. En présence d'une matière si riche, embrassant une période si étendue et si variée, on pouvait être tenté d'oublier que cette partie du livre n'était, ne devait être qu'une introduction. Une fois engagé sur la pente de l'histoire et de l'érudition, l'auteur ne serait-il pas entraîné à donner à cette introduction des développements exagérés? Si M. F. Hélie ne s'était pas prémuni contre ce danger, un vice radical de composition aurait gâté tout son travail; l'accessoire serait devenu le principal, la partie eût été plus grande que le tout, et l'ensemble de l'œuvre n'aurait plus offert à l'œil que l'aspect disgracieux d'un de ces monuments où le manque complet d'harmonie accuse perpétuellement l'inhabileté de l'architecte.

Ce sage sentiment des proportions l'a également guidé dans l'exposé des principes auxquels se rattachent les lois de l'instruction criminelle. On pourrait même trouver, au premier coup d'œil, que sous ce rapport il a poussé trop loin la sobriété.

M. F. Hélie, dès le début de son livre, annonce qu'il fera marcher du même pas la théorie et la pratique. « Nous ne séparerons pas, dit-il, l'étude des règles générales de la matière de l'étude des textes de la loi; car nous ne concevons pas qu'elles puissent être séparées. La théorie et la pratique se fécondent l'une l'autre : l'une a besoin d'éprouver ses règles par les faits, l'autre d'assouplir les faits sous le despotisme salutaire des règles. »

On se serait attendu d'après cela à le voir consacrer une partie de ce premier livre à rechercher, spéculativement et abstraction faite des réalités historiques, quels étaient les

Digitized by Google

principes et, pour ainsi dire, le type idéal auquel il fallait ramener tous les systèmes particuliers de procédure criminelle. Il ne l'a pas fait cependant, pourquoi? Aurait-il regardé comme impossible de découvrir ces lois générales, autrement qu'en les dégageant *à posteriori* des faits? C'eût été, selon nous, une étrange erreur. Il n'est pas une seule institution qui n'ait son principe dans la constitution intime de l'esprit humain. C'est donc dans la psychologie qu'il faut aller chercher, comme à leur source, les lois qui président au développement de l'homme, dans toutes les sphères de son activité. Or, qu'est-ce que les formes de l'instruction criminelle, sinon des procédés logiques organisés pour faire apparaître aux yeux du juge la vérité judiciaire? N'est-il pas manifeste, dès lors, que la perfection de ces formes consiste dans leur rapport plus ou moins exact avec les conditions suivant lesquelles s'exerce notre faculté de connaître? Sans doute la différence des milieux, celle qui résulte de la variété des peuples et des divers degrés de civilisation où ils sont parvenus doivent apporter, dans l'application, des diversités plus ou moins considérables; mais il n'en est pas moins vrai, qu'au-dessus de toutes ces diversités subsiste un ensemble invariable de principes qui doivent se retrouver dans tous les systèmes, à moins que ces systèmes ne soient en opposition formelle avec les conditions mêmes de l'humanité.

Ce point de vue n'a pas échappé à la sagacité de M. F. Hélie. Il aurait même offert à son esprit, naturellement philosophique et généralisateur, un puissant attrait. Si donc il s'est borné à indiquer, dans quelques pages, la nature propre des lois de la procédure criminelle et à marquer leurs rapports avec le droit pénal et le droit public, ce n'est pas que ce côté si élevé de son sujet lui ait paru stérile ou chimérique; mais il aura sans doute pensé que cette excursion sur le terrain de la métaphysique, excursion devant laquelle la science allemande n'aurait pas reculé, eût été assez peu conforme aux exigences de notre goût français. Il se sera dit, en outre, qu'une étude de ce genre, pour être utile, demandait à être complète, ce qui l'aurait forcé à lui donner une étendue incompatible avec l'exacte distribution de toutes les parties de son travail. Il a donc préféré aborder immédiatement l'histoire, se réservant, à l'occasion des systèmes, de signaler, à

Digitized by Google

côté des règles successivement adoptées, celles qui auraient dû l'être, si l'on avait voulu rester fidèle aux grands principes de la justice, de l'humanité et de la raison.

La méthode de l'auteur ainsi reconnue et caractérisée, disons un mot de chacune des époques comprises dans le vaste cadre historique qu'il a eu à remplir.

L'étude de la législation attique n'occupe dans son introduction qu'une très-petite place. On ne peut que l'en louer; non, qu'à certains points de vue, l'étude des institutions judiciaires de la Grèce ne soit susceptible d'offrir un grand intérêt. Il y a, sans nul doute, dans l'organisation démocratique des tribunaux d'Athènes, plus d'un précieux enseignement à recueillir pour l'historien, pour le publiciste et pour le philosophe. On peut notamment s'y faire une juste idée de l'indépendance et de l'intégrité prétendues des juges, dans une société livrée aux passions de la multitude, alors même que cette multitude se réduit, eu égard à la population générale, à une minorité composée des seuls membres de la cité. Le droit d'accusation abandonné à l'initiative privée ; des tribunaux composés de six mille citoyens, siégeant en plein soleil, souvent au nombre de quinze cents ; une liberté et une publicité complètes dans l'instruction, dans les débats et dans le jugement, ce sont là, à tout prendre, les beaux côtés de l'organisation judiciaire d'Athènes. Mais, quand on va au fond des choses, que de vices honteux ne découvre-t-on pas sous ces formes en apparence si libres? Les intérêts de la société livrés à de lâches compositions privées, les démagogues dominant par leurs menaces ou leurs indignes flatteries, des assemblées tumultueuses; la violence, la vénalité, la corruption, les brigues de toutes sortes altérant la source même de la justice; et, pour couronner le tout, la torture infligée comme un moyen régulier d'instruction, non-seulement aux esclaves, mais encore, dans quelques cas, aux citoyens; voilà ce qu'avait produit, en fait d'administration de la justice criminelle, la démocratie la plus élégante et la plus civilisée de l'ancien monde.

Mais, au point de vue de nos institutions judiciaires actuelles, et de leur origine historique, la législation grecque est loin d'offrir le même intérêt.

Un autre magistrat, M. Bécot, aujourd'hui premier prési-

Digitized by Google

dent à Bastia, s'est efforcé d'y découvrir des analogies avec notre législation criminelle. Il a publié, il y a quelques années, un livre dans lequel il essaie de rapprocher et de comparer entre elles les formes de juridiction et de procédure du tribunal des héliastes et celles de nos Cours d'assises. Ce livre, qui n'est pas sans mérite, offre, je le reconnais, des vues originales et nouvelles. Toutefois, je ne crains pas d'affirmer que, de toutes les législations qui ont précédé la nôtre, la législation attique est peut-être celle qui y a laissé le moins de traces. Cela se conçoit; jusqu'à la renaissance, c'est-à-dire jusqu'à une époque où la vie nationale s'était déjà développée et avait pris son cours, avec des éléments et une direction qui lui étaient propres, aucune relation ne s'était établie entre la société française et la société grecque: nul élément hellénique ne s'était trouvé mêlé à nos origines. Ajoutons, qu'outre les différences fondamentales qui séparent le monde Ancien du monde Moderne, il y a entre la civilisation grecque et la nôtre un tel défaut d'affinité, qu'on ne doit pas s'étonner si les deux législations n'ont entre elles que des rapports très-rares et très-incertains.

Il n'en est pas ainsi de la législation Romaine.

Après s'être imposée à la Gaule par la conquête, Rome a été, à son tour, vaincue par la barbarie. Mais, même après les invasions du cinquième siècle, elle a continué à dominer ses vainqueurs par la supériorité de ses idées et de sa civilisation. Sous l'influence du christianisme, les éléments Gaulois, Romains et Germaniques se sont amalgamés; toutefois, dans cette combinaison chimique d'où est sorti le peuple Français, l'élément romain a toujours prédominé. On le retrouve à toutes les époques de notre histoire, vivace, impérissable dans le développement de nos institutions politiques et judiciaires. Dans les premières notamment, son empreinte est visible. Notre conception de la liberté et notre conception de l'autorité ont été jusqu'ici presque exclusivement romaines. Nous avons emprunté la première à la tradition de la Rome républicaine, la seconde, à la tradition de la Rome impériale. La prédominance alternative de l'une de ces conceptions sur l'autre, les tentatives modernes faites pour les concilier, telle est la trame même de l'histoire politique de la France; telle est aussi peut-être l'explication des révolutions qui l'ont agitée.

Digitized by Google

Quant aux institutions judiciaires, le christianisme et le droit Romain étant les deux sources morales de la vie moderne, on ne doit pas s'étonner que les lois d'instruction criminelle se rattachent, d'une part, à la procédure romaine, de l'autre, au droit ecclésiastique et canonique.

M. F. Hélie divise en trois parties l'histoire de la procédure criminelle à Rome. La première commence aux temps légendaires et va jusqu'au septième siècle de sa fondation ; la seconde comprend l'intervalle qui s'étend du septième siècle au règne d'Auguste ; la troisième enfin embrasse la période impériale tout entière et se termine à la chute de l'empire romain.

Cette carrière était immense; mais M. F. Hélie n'avait pas à suivre dans toutes ses transformations la législation, ni même la procédure criminelle romaine. Son travail devait nécessairement se borner à esquisser, à grands traits, les formes et les règles principales de cette procédure, de manière à jeter du jour sur la nôtre, mais en laissant de côté tous les faits, qui, curieux au point de vue historique, n'avaient aucun rapport avec l'objet spécial de son livre. La difficulté de cette partie de sa tâche n'était donc pas tant de démêler au milieu des immenses matériaux qui s'offraient à lui, ceux qui se rapportaient à son sujet, que d'écarter, même parmi ces derniers, ceux qui n'avaient pas une relation directe avec le Code dont il avait à nous fournir le commentaire.

Aussitôt qu'il entre dans les temps modernes, une difficulté d'une toute autre nature se présente.

L'empire est envahi de toutes parts, les ténèbres de la barbarie s'étendent sur la Gaule, cela dure plusieurs siècles, et c'est pendant cette période confuse, obscure, où le désordre et la violence dominent, où tous les éléments, toutes les nationalités, toutes les lois, se mêlent, se combattent, pour se combiner plus tard ; c'est au milieu de ce chaos, qu'il s'agit de discerner à l'aide de la critique et de l'érudition, les règles soit écrites, soit traditionnelles, qui ont présidé à l'administration de la justice criminelle. N'est-ce pas là une tâche impossible ? Comment distinguer quelque chose de fixe au sein de cette instabilité et de cette confusion ? Quel empire pouvaient exercer les règles du droit, dans ce triomphe universel de la force ? M. F. Hélie recon-

Digitized by Google

naît cette difficulté, mais elle ne l'arrête pas. — « Sans doute, dit-il, dans ces temps de barbarie, la volonté individuelle se révoltait souvent contre les règles générales et ne se faisait pas scrupule de les briser; sans doute la justice ne fut souvent qu'un nom qui voilait des violences et des actes de tyrannie. Mais que nous importent, à nous qui étudions le droit, cette inexécution et ces abus? Ce que nous voulons prendre à cette législation, c'est son système de procédure, ce sont les règles qu'elle avait conçues, les formes qu'elle avait imaginées. Quelques-unes de ces règles ont jeté des racines dans le sol et notre législation moderne en réfléchit encore l'ombre lointaine. »

Cependant, au milieu de ces ténèbres, une lueur brille un moment, pour s'éteindre aussitôt. Le génie de Charlemagne, s'inspirant de l'idée de l'empire, toujours puissante sur les imaginations, essaie de constituer, au sein de ces peuplades barbares, un pouvoir régulier et unitaire: tentative impuissante d'un grand homme en lutte avec l'esprit de son temps. L'œuvre de Charlemagne périt entre les mains de ses faibles successeurs, et la barbarie triomphe de nouveau. Toutefois, c'est dans cet essai hâtif et prématuré de civilisation, c'est dans la période carlovingienne, que M. F. Hélie trouve à glaner quelques règles utiles. Les capitulaires forment en effet un système de législation presque complet qui offre à ses études une base solide.

Nous entrons dans la période féodale.

Les conquérants renonçant enfin à la vie errante, se fixent sur le sol. La souveraineté que Rome avait perdue, et qu'aucun pouvoir n'avait pu exercer, en l'absence de toute vie commune et nationale, vint se partager, avec la propriété, entre les chefs militaires qui s'étaient divisé le territoire. La justice eut, par suite, pendant toute cette période, un caractère particulier; elle fut domestique et patrimoniale.

A tout prendre, le régime féodal, dans lequel de notre temps, quelques esprits ont voulu voir le modèle idéal d'une société sagement hiérarchique, n'était pas autre chose que l'organisation de la force. Ce caractère se montre surtout dans les institutions judiciaires. Quel est en effet, sous ce régime, l'esprit général de la législation qui règle la procédure criminelle? N'y voit-on pas l'épreuve par les armes se substituant partout aux

Digitized by Google

preuves par témoins et l'office du juge se bornant, dans la plupart des cas, à recevoir les gages de bataille, à régler les conditions du duel, à en constater les résultats? Sous ce régime, un gentilhomme vigoureux et adroit pouvait, en appelant en champ clos son adversaire, les témoins, le juge lui-même, échapper aux justes peines qu'il avait encourues. N'est-il donc pas vrai de dire, dès lors, que c'était, non le droit, mais la force, qui était le principe des institutions judiciaires de cette époque?

Mais la royauté se dégage peu à peu des langes du régime féodal. Par un travail lent et non interrompu à travers les siècles, elle constitue l'unité du territoire et devient le seul organe avoué de la vie nationale. C'est alors que s'ouvre réellement l'ère de notre législation moderne, c'est à dater de cette époque que les règles successivement introduites dans le système de la procédure criminelle vont offrir des rapports plus directs et plus apparents avec celles qui ont trouvé place dans notre Code. M. F. Hélie, se livrant à l'étude de cette législation et des changements qu'elle a subis pendant le XIIIe, le XIVe et le XVe siècle, résume, sous ce rapport, l'objet de son travail :

« Nous indiquerons successivement, dit-il, l'origine et le développement des juridictions royales, leur organisation et les règles générales de leur institution, en ce qui se rapporte à leur compétence criminelle; l'étendue et les limites de cette compétence et les règles qui ont fondé la prévention et les cas royaux; enfin les modifications relatives aux formes de la procédure criminelle et aux preuves des crimes et des délits. »

Au XVe siècle, la révolution, commencée sous l'impulsion de la royauté, était accomplie. Les justices royales avaient partout remplacé les justices seigneuriales. Les formes de la procédure avaient perdu, il est vrai, ce caractère violent que leur donnait, sous le régime féodal, le duel judiciaire; mais, en même temps, le droit d'accusation, l'instruction orale, la publicité des assises, le jugement par hommes féodaux, toutes ces garanties particulières à ce régime avaient disparu. Sous l'influence des tribunaux ecclésiastiques, l'enquête était devenue secrète, et la torture s'était introduite dans la procédure comme un moyen régulier d'information.

Après avoir exposé le système de cette procédure extraordinaire, dont les premiers éléments se trouvent dans l'ordon-

Digitized by Google

nance de 1498 que l'ordonnance de 1539 développa d'une manière générale et qui fut enfin confirmée, avec quelques modifications, par l'ordonnance de 1670, M. F. Hélie en fait connaître en détail l'organisation et les formes dans une série de chapitres qui le conduisent jusqu'au seuil de la Révolution française.

Arrivé là, il montre la lutte des systèmes dans les travaux qui aboutirent aux lois criminelles de 1791 et de l'an IV, et préparèrent la rédaction du Code d'instruction criminelle. Il termine cette savante introduction par un examen approfondi de la valeur scientifique de ce Code, et résume les résultats généraux de son travail dans les termes suivants :

« La législation n'invente pas, elle suit le mouvement des mœurs et des idées, elle recueille ce que lui lèguent les siècles. La loi grecque et la loi romaine ont fondé quatre grandes règles : le droit d'accusation, la procédure orale, la publicité des débats et le jugement par jurés; les constitutions impériales ont institué les appels, ébauché la procédure écrite, essayé les assesseurs permanents. La loi germanique et la loi féodale ont retrouvé ou maintenu, avec des formes nouvelles et bizarres, avec des modifications successives, les règles fondamentales de la procédure attique et romaine. La loi canonique, au XIIe siècle, répandit la procédure inquisitoriale et l'instruction écrite; la justice séculière s'appropria ces deux principes au XIIIe siècle, et reprit en même temps la législation impériale des appels. L'institution du ministère public est sortie au XIVe siècle de la lutte de la royauté contre les seigneurs. La réaction du XVe siècle généralisa l'instruction secrète et les informations, avec la procédure par récolement et confrontation, et plaça la justice dans les mains des juges permanents. Toutes les règles de la procédure avaient donc été successivement trouvées. Il ne s'agissait plus que de les mettre en œuvre.»

A peine avons-nous pu, dans cette rapide analyse, et en suivant, de sommets en sommets, M. F. Hélie dans l'immense carrière qu'il a parcourue, donner une idée de l'ensemble et de l'importance de son intéressant travail. Il resterait maintenant à en discuter les détails et à en apprécier la valeur historique et juridique; c'est ce que nous essayerons de faire dans un autre article.

GUYHO.

Digitized by Google

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS ET OPÉRATIONS DE BOURSE,

Par M. Worms, professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes, ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques.

Compte rendu par M. G. Debacq, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

M. Worms, professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes, a publié, dans ces derniers temps, un *Traité des sociétés par actions et opérations de bourse* qui a été couronné par l'Académie des sciences morales et politiques.

Nous n'avons pas la prétention d'examiner ce travail dans son ensemble. L'ouvrage de M. Worms a été déjà l'objet de nombreux comptes rendus, et le rapport présenté à l'Académie par M. le conseiller Renouard au nom de la section de législation et de jurisprudence, et publié dans le *Journal des économistes*, nous dispense de faire ici l'éloge du livre dont nous nous occupons, et dont la distinction qu'il a obtenue dit assez le mérite. Nous voulons nous borner à signaler une portion seulement de l'ouvrage de M. Worms, la plus courte peut-être, mais à notre point de vue, de beaucoup la plus intéressante : la partie critique et économique qui nous paraît digne de la plus sérieuse attention.

Sans doute, il est curieux de suivre M. Worms dans tous les détails qu'il donne sur le long travail de formation des sociétés par actions; de découvrir comme l'expression rudimentaire de celles-ci dans certaines associations du Bas-Empire, (*societates vectigalium publicorum*) formées en vue du partage des bénéfices à provenir de certaines opérations, sans qu'aucun des membres de ces associations courût un risque supérieur à sa mise ; de retrouver au moyen âge, en Allemagne ou dans le midi de la France, dans des sociétés pour l'exploitation de mines ou de moulins, où la part de chaque associé était transmissible sous certaines conditions, la première idée et la première forme de nos actions d'aujourd'hui ; de voir enfin les premières et véritables sociétés par actions créées en Italie ; les

[1] Un vol. in-8°. Cotillon, éditeur.

Digitized by Google

grandes associations financières qui commencent à la vieille banque de Gênes, organisées; de suivre l'exposé historique des grandes entreprises par actions dues à l'initiative de Law. Toute cette partie du livre éminemment instructive, est remarquablement traitée par l'auteur : mais l'intérêt principal du livre n'est pas là.

Il n'est pas non plus dans ce que nous appellerons la partie pratique du *Traité des sociétés par actions*, où l'auteur examine avec un soin tout particulier les lois qui régissent les opérations de bourse et spécialement les marchés à termes. Nous y rencontrons toutefois une discussion des plus intéressantes sur la question si délicate et jusqu'à présent si mal résolue, de savoir si la législation présente interdit ou non les marchés à terme, et une critique remarquable de la jurisprudence qui aujourd'hui prévaut sur ce point, et qui, substituant à l'autorité des textes l'arbitraire du juge, valide ou annule les opérations à terme selon que ces opérations paraissent au juge, eu égard à la fortune des parties ou au crédit dont elles jouissent, avoir eu un caractère sérieux, ou n'avoir été au contraire qu'un jeu, devant se terminer, non par la livraison des titres, d'une part, et le règlement, du prix de l'autre, mais par le payement des différences.

Quelque attrait que présente la discussion de ces questions diverses, l'explication des marchés fermes, à primes, à terme, reports, déports, arbitrages, l'organisation de la corporation des agents de change, l'exposé du rôle de ceux-ci dans les transactions financières, nous pensons que la portion vraiment originale du livre de M. Worms est celle où abandonnant l'histoire et la pratique, ne s'en servant plus tout au moins que pour étayer les propositions qu'il développe et les conclusions qu'il formule, l'auteur examine l'influence des opérations de bourse sur le crédit public, la prépondérance des nations, la stabilité des fortunes et le mouvement des affaires.

Les sociétés par actions sont créées, elles existent, elles surabondent. Les titres qu'elles ont émis encombrent le marché, et donnent lieu à des transactions nombreuses. La spéculation, l'agiotage s'en emparent. La spéculation, l'agiotage sont condamnés par les uns, défendus par les autres. La législation les proscrit. La jurisprudence hésite. La pratique, l'esprit public les acceptent. En dépit des obstacles accu-

Digitized by Google

mulés sur ses pas, la spéculation reste debout, défiant les critiques et les arrêts. C'est un fait, un fait considérable qui s'impose et avec lequel il faut compter. Quelles en ont été les conséquences? La spéculation, en tant qu'elle s'est exercée sur les effets publics et les titres émis par les sociétés par actions, a-t-elle eu les résultats funestes que quelques-uns lui attribuent? Mérite-t-elle les éloges que d'autres lui prodiguent? C'est là la question que M. Worms a examinée dans les derniers chapitres de son ouvrage. L'auteur est partisan résolu de la spéculation, qu'il entend distinguer de l'agiotage; la spéculation « s'appliquant à des opérations de baisse ou de hausse entreprises en vue d'événements réels ou chimériques indépendants de la personne engagée, » — l'agiotage, au contraire, « se manifestant par des opérations de baisse ou de hausse entreprises uniquement en vue des manœuvres que l'opérateur compte exercer. » Il réclame la liberté absolue de la spéculation, l'abolition des lois qui portent atteinte aux marchés à termes; il n'est besoin à l'en croire, pour réprimer l'agiotage de mauvais aloi que de quelques dispositions pénales frappant la fraude, et s'arrêtant là. L'auteur s'étonne que l'on n'en ait point encore fini une bonne fois avec toute cette législation inintelligente qui ne protége que le spéculateur malhonnête, le joueur qui profite des chances favorables qui surviennent, et réussit, la jurisprudence aidant, à se soustraire aux conséquences des opérations qu'il a mal combinées, ou des événements qu'il n'a pas su prévoir; avec cette législation qui a le funeste résultat d'entraver la spéculation, d'en paralyser l'essor, d'empêcher qu'elle ne produise tout le bien dont elle est capable. Tenter d'arrêter la spéculation, c'est arrêter le pays dans la voie du progrès; car la spéculation, d'après M. Worms, n'a eu que de bons résultats; c'est grâce à la spéculation, grâce à l'activité des transactions boursières dont le marché à terme est le type par excellence, que la France doit d'occuper dans le monde une situation de premier ordre.

C'est surtout dans le chapitre qu'il consacre à l'examen de l'influence des opérations de bourse sur la prépondérance des nations que M. Worms formule avec le plus de netteté cette idée, l'idée mère de son livre, que la spéculation est le fondement de la fortune des États.

Jusqu'ici l'on disait assez volontiers que c'était la politique

Digitized by Google

qui faisait les bonnes finances, et l'on pensait bonnement que la ligne politique suivie par un gouvernement, les principes qui inspiraient sa conduite, l'habileté dont il faisait preuve, la confiance qu'il inspirait aux populations, avaient sur la tenue du marché financier une influence prépondérante. Mais on n'admettait pas volontiers que les mesures qui réglementaient la bourse eussent plus d'importance que les lois politiques proprement dites. Tout au plus reconnaissait-on que les oscillations des fonds publics pouvaient, en certains cas, comme disait M. Mollien, jouer au regard du gouvernement le rôle de conseiller indirect et servir comme de thermomètre à l'opinion. Mais on n'allait pas plus loin. C'était là le maximum d'influence que l'on accordât à la bourse. Dans son *Traité des opérations de bourse*, M. Worms a rompu hardiment avec les idées reçues ; il a renversé l'adage, et s'il ne conteste pas absolument l'influence de la politique, il ne lui attribue en tous cas qu'une importance des plus médiocres. La politique proprement dite, d'après lui, c'est l'accessoire ; le marché financier, c'est le principal. Une nation n'exerce point dans le monde une influence prépondérante parce qu'elle est bien gouvernée et qu'on y fait de bonne politique ; elle est prépondérante ou subordonnée, selon que la spéculation y fleurit ou que le marché à terme, qui en est l'expression, y languit. Ce qui fait, en l'état actuel de l'Europe, la grandeur d'une nation, c'est l'activité des opérations de bourse qui s'y accomplissent. N'y a-t-il pas là une exagération, et ne peut-on pas répondre à M. Worms, en s'appuyant sur les termes mêmes de la définition qu'il a donnée de la spéculation, que celle-ci est plutôt passive qu'active, qu'elle subit les événements plutôt qu'elle ne les fait naître ? Faut-il, en vérité, aller jusqu'à penser qu'un État est sans force quand le marché à terme n'y est point habituellement pratiqué ? Et n'est-ce pas se laisser entraîner à une exagération véritable que de mettre au compte de la liberté des opérations de bourse la prospérité relative dont a joui le pays il y a quelques années, en même temps que d'expliquer la période moins brillante qui a suivi par un revirement dans le régime légal des sociétés par actions et des opérations de bourse ? En vérité, c'est appliquer un peu trop à la lettre le brocard *maxima in minimis* que d'attribuer à la perception d'un droit d'entrée aux portes de la Bourse ou à la suppres-

Digitized by Google

sion des tourniquets une influence sérieuse sur la prépondérance de la France en Europe. Que la spéculation ait rendu possibles des emprunts qui, sans elle, n'auraient été couverts qu'avec quelques difficultés; que ces emprunts souscrits aient à leur tour facilité certaines entreprises, et aussi contribué à en procurer le succès, cela est incontestable; mais il faut laisser à chaque chose la proportion qui lui appartient et ne pas attribuer à une cause unique des résultats produits par la combinaison de mille circonstances diverses.

Il serait puéril sans doute de nier l'influence qu'ont pu exercer le marché financier français et les transactions qui s'y opéraient sur les affaires du pays et de l'Europe; mais il n'est point non plus absolument exact de mettre sur le compte des marchés à terme tous les succès ou tous les échecs que pendant ces derniers temps le pays a pu éprouver. Non, la spéculation n'a pas fait tout le bien que M. Worms veut bien porter à son actif; la réaction, qui s'est, à certaines époques, produite contre elle, n'est pas responsable des maux que l'auteur du *Traité des opérations de bourse* veut bien lui reprocher.

La spéculation n'a pas créé la richesse, et si l'on voulait, en laissant de côté les préjugés et les partis pris, considérer froidement les effets que la spéculation à déjà produits, on arriverait à se convaincre que la spéculation n'a pas même développé les éléments de richesse que possédait le pays. Elle a pu, à certains moments déterminés, donner au marché financier une animation extraordinaire que quelques-uns ont pris pour la preuve d'une exubérante vitalité; ce n'était rien qu'apparence. La spéculation a produit sur le marché financier l'effet que produisent sur l'homme certains remèdes héroïques qui, agissant violemment sur l'organisme, donnent pour un instant à qui les prend toutes les apparences d'une vigueur et d'une énergie surabondantes, mais dont l'effet est momentané, et qui ne développent un instant les forces qu'en minant la constitution de celui qui y recourt, et ne laissent derrière eux, lorsque le moment de surexcitation qu'ils produisent est passé, qu'une langueur plus grande et un irremédiable épuisement.

Nous sommes donc loin de partager les opinions de M. Worms sur les effets de la spéculation, et toutefois nous nous associons de grand cœur aux réformes qu'il réclame

Digitized by Google

dans son dernier chapitre ; comme lui nous pensons que la législation qui régit les marchés à terme est mauvaise et doit être abrogée; mais nous ne demandons pas cette abrogation dans le but de débarrasser la spéculation de quelques entraves et de quelques embarras ; nous la voulons parce que nous pensons, qu'en l'état, la législation, interprétée comme elle l'est par la jurisprudence, donne une prime à la mauvaise foi ; parce que nous pensons que les lois ne changent pas les mœurs, qu'elles demeurent sans force quand l'opinion leur est contraire. Tant que la spéculation et l'agiotage auront pour eux l'esprit public, édicter des pénalités qui les frappent, c'est s'exposer à voir la loi tenue en échec, violée tous les jours, impuissante à empêcher ou à réprimer les abus qui la bravent, donner au monde le spectacle toujours pernicieux d'infractions impunies. Le remède aux abus de la spéculation et de l'agiotage sera dans le bon sens du public, qui, sans l'intervention du législateur, comprendra qu'une société policée, ne doit point avoir pour devise le vers de Juvénal :

Unde habeat quærit nemo sed oportet habere.

GABRIEL DEBACQ.

Digitized by Google

I. MITTERMAIER. — TRADUCTION DE M. CHAUFFARD.
II. LE SELLYER. — TRAITÉ DE LA CRIMINALITÉ.

Compte rendu par M. Batbie.

I. M. Chauffard, juge au tribunal d'Alby, docteur en droit, vient de rendre à la science du droit un service considérable; il a, par une bonne traduction, rendu accessible aux lecteurs français le *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*, de M. Mittermaier[1]. Le nom de l'auteur allemand est trop connu pour qu'il y ait à insister sur le mérite de cette publication. Il suffit de le prononcer pour dire que les lecteurs trouveront dans ce traité des recherches faites avec le plus grand soin et toujours puisées aux meilleures sources. Quant à l'utilité de cette lecture, qui n'aura la curiosité de comparer nos institutions judiciaires avec celles dont elles procèdent ? car c'est l'esprit des formes anglaises qui a pénétré dans nos lois. L'importation de la procédure anglaise, en matière criminelle, l'a transformée sur quelques points. A côté des altérations, œuvre de la loi, l'usage et les mœurs ont opéré plusieurs autres changements. L'étude de ces modifications offrira le plus grand intérêt à ceux qui se préoccupent du progrès de la législation et aiment à se rendre compte de ce qui a été fait avant de rechercher ce qui reste à faire. Mittermaier est le meilleur des guides à suivre. Son ouvrage n'est pas seulement descriptif, il a aussi le caractère critique. Surtout il montre les rapports qui existent entre les institutions judiciaires et l'état du développement social.

M. Chauffard ne s'est pas borné au rôle de traducteur ; il a placé en tête de son livre une *biographie* de Mittermaier et une *introduction* où il étudie le principe philosophique des lois pénales. Il expose les doctrines des *utilitaires* et des *spiritualistes*, et se prononce énergiquement contre les premières. M. Chauffard ne cache pas son drapeau ; il est chrétien et proclame que le christianisme contient « *la formule suprême* « *de la loi du progrès.* »

[1] Un vol. in-8°, chez Ernest Thorin, 58, boulevard Saint-Michel.

Digitized by Google

Le spiritualisme a trouvé dans sa famille plus d'un défenseur. Son frère, M. Emile Chauffard, qui se distingue dans la médecine, s'est fait connaître dans ces derniers temps par ses luttes contre le matérialisme. Le docteur en droit appartient à la même école que le docteur en médecine. Dans des directions différentes, MM. Chauffard ont suivi le même principe. Ils sont frères par le sang, par les doctrines et par le talent.

II. M. le Sellyer a eu à souffrir, au delà de ce qui est juste, des réactions qui accompagnent les événements révolutionnaires. Après avoir subi les épreuves d'un concours d'où il n'était pas sorti victorieux, il fut nommé par ordonnance professeur de *législation criminelle*, à la Faculté de droit de Paris. Cette nomination était imprudente parce qu'elle était un acte de force en opposition avec l'institution du concours. Le choix portait sur un homme de mérite assurément, sur un homme auquel un nouveau concours aurait procuré le succès; mais la mesure en elle-même était blâmable parce qu'elle donnait au vaincu du concours une position supérieure à celle que le vainqueur avait obtenue. Malheureusement pour M. le Sellyer sa nomination fut faite à la veille de la révolution de 1830. Aussi sa chaire fut-elle emportée quelques jours après sa création. Si le titulaire avait eu le temps de justifier sa nomination, il aurait promptement fait oublier son origine, et les mécontentements qui l'accueillirent n'auraient pas tardé à se calmer; mais la révolution le surprit lorsqu'il n'avait pas encore poussé des racines, et ce fragile établissement fut renversé. Les hommes justes et modérés auraient approuvé une réparation; la partie intéressée ne fit aucun effort pour l'obtenir, et sa réserve fut sans doute prise pour une abstention calculée. M. de Salvandy, qui avait l'initiative des mesures équitables, se proposait de donner une compensation à M. le Sellyer; mais le gouvernement de Juillet fut emporté avant que cette pensée généreuse pût être mise à exécution. Il faut dire à l'honneur de M. le Sellyer qu'il a supporté sa destinée avec une grande force d'âme et une sérénité de caractère inaltérable. Retiré à Amiens, sa ville natale, il s'est consacré à l'enseignement privé du droit. Ses loisirs ont été employés à la composition

Digitized by Google

d'un bon livre qui vient de paraître sous ce titre: *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*[1]. Le premier volume traite de la *criminalité* et de la *pénalité;* le second est consacré à la *responsabilité* soit *civile,* soit *pénale.* C'est un ouvrage à la fois pratique et philosophique. L'histoire et la théorie sont employées par l'auteur pour expliquer la loi et en faire comprendre l'esprit. La jurisprudence est analysée avec soin et intelligence. Aussi recommandons-nous la lecture de ces deux volumes aux praticiens aussi bien qu'aux personnes qui se consacrent à l'idée générale. Lorsque le temps et l'espace nous le permettront, nous reviendrons sur cette publication importante, qui mérite d'être étudiée à fond. Mais nous avons voulu la signaler à nos lecteurs et ne pas différer le service que nous croyons rendre à ceux qui ne connaissent pas encore le livre de M. le Sellyer. A. B.

[1] Deux vol. in-8°, chez Retaux, 15, rue Cujas.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL ET COMMERCIAL.

Pages.

Examen doctrinal de jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. G. Demante*. 1
Distinction des servitudes, par *M. Machelard*. . . . 12, 146, 201, 351, 401
Privilége du bailleur en cas de faillite, par *M. Brolles*. 29
Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. Ch. Maxeau*. 97
Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. Ch. Hérisson*. 289
Droits du conjoint survivant dans la succession de l'époux prédécédé, par *M. Le Sénécal*. 307
Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867, par *M. Mathieu* et *M. A. Bourguignat*. 336
De l'influence de l'abolition de la contrainte par corps sur la législation commerciale, par *M. E. Garsonnet*. 454, 531
Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile, par *M. Delsol*. 401
Examen doctrinal de jurisprudence civile, par *M. Tambour*. 491

DROIT CRIMINEL.

Révision du Code pénal en Belgique, par *M. Thézard*. 48, 258
Examen doctrinal de la jurisprudence criminelle, par *M. Hecquet de Roquemont*. 123
Quelques mots sur l'état de la question de la peine de mort en Suède, par *M. Lucas*. 413

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par *M. Batbie*. 63
Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. A. Christophle*. . . . 385
Abus des doctrines gallicanes, par *M. Bonnier*. 521

DROIT FORESTIER.

Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. Krugg-Basse*. 193

Digitized by Google

DROIT MARITIME ET DROIT DES GENS.

Pages.
Notre marine marchande et son avenir, par *M. J. Leveillé*. . . 172, 214
Contrebande de guerre, par *M. A. Basily*. 240, 361, 424, 496

BIBLIOGRAPHIE.

Explication élémentaire du Code Napoléon, par *M. J. J. Delsol*; compte rendu par *M. A. Bertauld*. 79
Le Code civil italien et le Code Napoléon, par *M. Th. Huc*; compte rendu par *M. P. Bernard*. 86
Un nouveau Digeste en Angleterre, par *M. P. Gide*. 94
Britton, par *F. M. Nichols*; compte rendu par *M. P. Gide*. 181
Histoire des États-Unis, par *M. Laboulaye*. 270
Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par *M. Batbie*; compte rendu par *M. G. Debacq* 280
Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, par *M. H. F. Rivière*; compte rendu par *M. F. Rataud*. 382
Traité théorique et pratique des partages d'ascendant, par *M. Requier*; compte rendu par *M. A. Bertauld*. 468
De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle, par *M. Griolet*; compte rendu par *M. G. Debacq*. 474
Traité de l'instruction criminelle, par *M. Faustin Hélie*; compte rendu par *M. Guyho*. 549
Sociétés par actions et opérations de bourse, par *M. Worms*; compte rendu par *M. G. Debacq*. 560
I. Mittermaier, traduction de *M. Chauffard*. — II. Le Sellyer, Traité de la criminalité; compte rendu par *M. A. Batbie*. 566

NÉCROLOGIE.

Mittermaier, par *M. Evrard de Vaulx*. 192

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM		Pages.
BASILY.	Contrebande de guerre. . . 240, 368, 424,	496
BATBIE.	Traité théorique et pratique du droit public et administratif.	63
—	I. Mittermaier, traduction de *M. Chauffard.* — II. Le Sellyer, Traité de la criminalité.	566
BERNARD.	Le Code civil italien et le Code Napoléon, par *M. Huc.*	68
BERTAULD.	Explication élémentaire du Code Napoléon, par *M. J. J. Delsol.*	79
—	Histoire des États-Unis, par *M. Laboulaye.*	270
—	Traité théorique et pratique des partages d'ascendant, par *M. Requier.*	469
BONNIER.	Abus des doctrines gallicanes.	521
BROLLES.	Privilége du bailleur en cas de faillite. . .	29
CHRISTOPHLE.	Examen doctrinal.	385
DEBACQ.	Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par *M. Batbie.*	280
—	Autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle, par *M. Griolet.*	474
—	Sociétés par actions et opérations de bourse, par *M. Worms.*	560
DELSOL.	Examen doctrinal.	481
DEMANTE.	Examen doctrinal.	2
ÉVRARD DE VAULX. . . .	*Mittermaier.*	187
GARSONNET.	Abolition de la contrainte par corps. . . 454,	531
GIDE.	Un nouveau Digeste en Angleterre.	94
—	*Britton.*	181
GUYHO.	Traité de l'instruction criminelle, par *M. Faustin Hélie.*	549

Digitized by Google

MM. Pages.

HECQUET DE ROQUEMONT. Examen doctrinal. 123
HÉRISSON. . . . . Examen doctrinal. 289
KRUG-BASSE. . . . . Examen doctrinal. 193
LE SÉNÉCAL. . . . . Droits du conjoint survivant dans la succession de l'époux prédécédé. 307
LEVEILLÉ. . . . . Notre marine marchande et son avenir. 162, 214
LUCAS. . . . . Question de la peine de mort en Suède. . 413
MACHELARD. . . . . Distinction des servitudes. 12, 146, 201, 351, 401
MATHIEU. . . . . Commentaires de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867. 336
MAZEAU. . . . . Examen doctrinal. 97
RATAUD. . . . . Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, par *M. Rivière*. 382
TAMBOUR. . . . . Examen doctrinal. 491
THÉZARD. . . . . Révision du Code pénal belge. 48, 258

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ 26, rue Racine.

Digitized by Google

LES.
Pages.
. 23
. 239
. 193
307
22. 214
413
51. 401
336
97
395
. 491
8. 550

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google